



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.991 - SP (2011/0256930-1)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : FRANCISCO JAVIER PEREZ CARRASCOSA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 59 DO CP. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA. DEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

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 espécie, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do *writ*, porquanto a pena-base fora estabelecida acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

3. A natureza e a quantidade da droga apreendida, além de seu preparo para comercialização, são fatores que, na fixação da pena-base no crime de tráfico, preponderam sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, e justificam seu aumento acima do mínimo legal.

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, não se dedique a 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 pela instância ordinária que integra organização criminosa.

6. Em verdade, tem-se por inviável o reexame, em **habeas corpus**, de aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipótese dos autos, tanto no que se refere à fixação da pena-base, quanto na aplicação da minorante.

7. Em decorrência do indeferimento do pedido de aplicação da referida minorante, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

8. Não obstante a primariedade e os bons antecedentes do réu, observo que a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido – friso 1.915 g (mil novecentos e quinze gramas) de cocaína – justificam a adoção de regime prisional mais gravoso.

9. 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, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 23 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.991 - SP (2011/0256930-1)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Francisco Javier Perez Carrascosa, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado pela prática do crime previsto nos arts. 33, **caput**, c.c. o art. 40, I, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, porque fora surpreendido quando embarcava em vôo internacional portando 1.915 g (mil novecentos e quinze gramas) de cocaína.

Irresignado, apelou o órgão ministerial. Ao recurso foi dado parcial provimento para aumentar a pena do réu para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa.

A defesa opôs embargos infringentes e de nulidade. O feito foi parcialmente conhecido e, nesta extensão, lhe foi negado provimento.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em resumo:

- constrangimento ilegal no acórdão que não teria efetuado corretamente a dosimetria da pena, além de impor ao paciente um regime mais gravoso do que seria cabível;
- as circunstâncias em que ocorreram o crime não justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal e que a quantidade de droga é normal ao tipo;
- o Tribunal deixou de aplicar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 de forma equivocada, pois não haveria nos autos elementos que comprovassem a dedicação do paciente a atividades criminosas;
- reduzida a pena e constatada a presença dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, seria imperiosa a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acrescenta que ainda que a pena seja reduzida ao patamar mínimo, não deve ser afastada a aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Requer, a redução da pena-base ao mínimo legal, o reconhecimento da causa especial de redução da pena em seu grau máximo, a fixação do regime semiaberto para cumprimento da pena, bem como a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às e-fls. 178/179.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-fls. 185/196).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.991 - SP (2011/0256930-1)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES(Relator): Ressai dos autos que o paciente foi surpreendido quanto tentava embarcar em voo da companhia aérea SWISS, para Zurique/Suíça, com destino final em Madri/Espanha, trazendo consigo, para fins de comércio, 1.915 g (mil novecentos e quinze gramas) de cocaína.

A pena, inicialmente arbitrada em 1 (um) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, foi modificada pelo Tribunal **a quo**, no que interessa, nos seguintes termos:

Mantida a condenação, cumpre verificar a dosimetria da pena.

No que se refere à fixação da pena-base, como se observa do auto de apreensão (fls. 06/07) e do laudo de exame em substância (fls. 72/74), foi apreendida, em poder do acusado, grande quantidade de substância entorpecente altamente deletéria, com enorme poder de criar vício e dependência (cocaína) e em montante considerável, como já dito (1.915 gramas), o que denota, sem dúvida, uma maior culpabilidade e lesão mais intensa ao bem jurídico tutelado (saúde pública), justificando o recrudesimento da sanção penal, atendendo, inclusive, o comando normativo inserto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06: "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 do produto, a personalidade e a conduta social do agente" (grifei).

E não há que se falar que a quantidade apreendida com o apelante não é considerável, uma vez que, após o seu "preparo" pelos traficantes, sua massa se multiplicaria e seria capaz de alcançar um enorme número de usuários, trazendo gravíssimas consequências à saúde pública.

Saliente-se que, mesmo antes da vigência da Lei n.º 11.343/06, sob a égide da antiga Lei Antidrogas, o E. Superior Tribunal de Justiça já entendia que a quantidade significativa de substância estupefaciente já era suficiente para a majoração da reprimenda penal: "A grande quantidade de substância entorpecente apreendida (141 kg) é circunstância judicial que justifica o aumento da pena-base acima do mínimo legal (Precedentes do STJ e do STF)" (HC 102032/PE - 5a. T -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Felix Fischer - DJe 04.08.08).

Desta forma, a pena-base do apelante, considerando a culpabilidade e as conseqüências do crime, deve ser fixada em patamar superior ao fixado em primeiro grau, sendo de rigor, portanto, sua fixação em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, acrescida do pagamento de 660 (seiscentos e sessenta) dias multa.

Na segunda fase de fixação da pena, mantenho a aplicação da circunstância atenuante referente à confissão, uma vez que o apelante assumiu a autoria e a materialidade do delito trazendo à Magistrada "a qua" um grau ainda maior de certeza para o decreto de condenação, não sendo exigível que a autoria do delito fosse desconhecida.

.....
Reconhecida a circunstância atenuante decorrente da confissão, aumento o patamar de redução para 1/6 (um sexto), por entender que este quantum se mostra mais adequado ao caso, pelo fato de ter o apelante assumido claramente a responsabilidade pelo cometimento do delito, do que decorre a pena de 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, mais 550 (quinhentos e cinquenta) dias multa.

Ainda, na segunda fase de fixação da pena, deverá ser mantida a atenuante referente à menoridade, cujo quantum fixo em 1/6 (um sexto), do que resulta a pena de 05 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias multa, uma vez que as circunstâncias atenuantes não têm o condão de diminuir a pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à norma insculpida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, tenho entendido que tal benesse concedida pelo legislador deve ficar restrita - quando presentes todos os requisitos legais - a casos excepcionais, de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, envolvendo entorpecentes que se possam caracterizar, em princípio, como menos lesivos, e nunca a pessoas atuantes no tráfico internacional de drogas.

Na hipótese, como bem se vê, o acusado, apesar de sua alegada condição de miserabilidade, foi preso com expressiva quantidade de substância entorpecente (1.915 g de cocaína), de elevado valor econômico, bem como possuía passagem aérea com destino a Madri/Espanha, que, como por ele próprio afirmado, foi financiada pela organização criminosa que o aliciou.

Outrossim, a circunstância em que ocorreu a contratação do agente, o qual recebeu uma proposta para realizar o transporte da droga, com o pagamento das passagens aéreas e um adiantamento em dinheiro, recebendo o entorpecente preparado para o transporte, torna evidente a existência de uma organização criminosa e o enredamento do acusado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nela.

Observa-se, pois, que o apelante, de forma habitual ou não, integrava associação criminosa, participando, como transportador da grande quantidade da droga, de esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Nessa trilha já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região que: "(...) Incabível a aplicação do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, frente às circunstâncias que norteiam a prática delitiva, a natureza e a grande quantidade de droga apreendida, bem como diante as declarações do réu, que seguramente transportava a droga por conta e ordem de organização criminosa, exercendo a função de mula" (ACR nº 29658 - Proc. nº 2006.61.19.008219-0 - 2ª T. - Rel. Desembargadora Cecília Mello - DJF3 12.06.08).

.....
Deve ser avaliada, caso a caso, a interpretação que entende cabível a aplicação do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 às chamadas "mulas" do tráfico internacional de drogas, pois tal aplicação se mostra incompatível com a finalidade de recrudescimento da repressão a narcotraficância, esposada pela nova Lei Antidrogas e, ademais, tal medida favorece as atividades das organizações criminosas voltadas para o comércio ilegal de substâncias entorpecentes.

.....
Afasto, pois, a aplicação da causa de diminuição de pena estampada no § 4º, do artigo 33, da nova Lei Antidrogas.

Presente a causa de aumento referente à internacionalidade do delito (art. 40, inc. I da Lei nº 11.343/06), verifico que esta deverá ser mantida no patamar fixado em primeiro grau, qual seja, 1/6 (um sexto), do que decorre a pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal, para fixar as penas impostas a FRANCISCO JAVIER PEREZ CARRASCOSA, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa. Mantida, quanto ao mais, a decisão de primeiro grau. (e-fls. 110/115)

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.

Na espécie, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanado na via estreita do *writ*, porquanto a pena-base fora estabelecida acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

Em verdade, tem-se por inviável o reexame, em **habeas corpus**, de aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

É da nossa jurisprudência:

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ANTE A CULPABILIDADE, ANTECEDENTES, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

2. No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em elementos idôneos, não inerentes ao tipo penal supostamente violado.

3. Ademais, é imperioso destacar que, ao contrário do que sustentado pela impetrante, não existe fração a ser observada pelo togado sentenciante no momento de elevar a reprimenda básica do acusado, exigindo-se apenas que haja fundamentação concreta sobre cada uma das circunstâncias judiciais utilizadas para agravar a sanção, tal como se deu na espécie.

(HC nº 138.719/ES, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 26/9/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO ATIVA. USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. CONFISSÃO.

1. Proceder à análise da alegação de desacerto da sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória, em razão da insuficiência das provas coligidas durante a instrução criminal, implicaria a discussão da justiça da condenação e demandaria dilação probatória, inviável na via célere de **habeas corpus**.

2. A fixação da pena-base do Paciente acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis - quantidade e qualidade do entorpecente apreendido (895 gramas de crack), antecedentes do Paciente e conduta social, consubstanciada na dedicação exclusiva ao mundo do crime -, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes.

3. Considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal, não há como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador, pois essa instância especial não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.
(HC 151.641/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe 21.11.2011)

Do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO LIMITE MÍNIMO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. LIMITES COGNITIVOS DO HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. ORDEM DENEGADA.

1. A constatação de que parte das circunstâncias judiciais é desfavorável ao condenado respalda a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedente.

2. O princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR) exige que o Magistrado confira ao delito sanção condizente aos seus contornos objetivos e subjetivos, evitando se dispense a casos diferentes o mesmo tratamento penal.

3. A denúncia por homicídio simples não inibe o Juiz Presidente de se debruçar sobre a prova produzida, para o fim de extrair elementos necessários ao exame de todas as circunstâncias listadas no art. 59 do Código Penal, inclusive no tocante à culpabilidade, aos motivos e à dinâmica dos acontecimentos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O reconhecimento da incorreção da aplicação da pena, quando não se trata de manifesta ilegalidade ou de indiscutível abuso do critério da discricionariedade, reclama percuente exame da prova, atividade incompatível com os limites tímidos e documentais do habeas corpus. Precedente.

5. Ordem denegada.

(HC n.º 107.501/GO, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 19/5/2011)

De mais a mais, é importante ressaltar que a natureza e a quantidade da droga apreendida, além de seu preparo para comercialização, são fatores que, na fixação da pena-base no crime de tráfico, preponderam sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, e justificam seu aumento acima do mínimo legal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESES NÃO APRECIADAS PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4, DA LEI N. 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO DE REDUTOR EM 1/6 (UM SEXTO). ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESTA EXTENSÃO DENEGADA.

.....
2. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Na hipótese em apreço, não se verifica qualquer ilegalidade *ictu oculi*, uma vez que a reprimenda inicial fora fixada em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a saber: a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime. Ademais, a natureza e a quantidade de droga apreendida - 1.010 g (mil e dez gramas) de cocaína - constitui móvel idôneo a elevar a reprimenda inicial, haja vista a preponderância da natureza, da quantidade da substância entorpecente, da personalidade e da conduta social do agente sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

.....
4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

(HC 214.123/AC, Relator Ministro Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS, DJe 19.12.2011).

No que se refere à aplicação da causa de diminuição de pena, o pedido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também não prospera.

Com efeito, 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.

No caso ora em análise, na instância precedente, conquanto tenha sido reconhecida a primariedade e os bons antecedentes do paciente, findou por afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em razão da existência de evidências que conduziram ao fato de que ele integra organização criminosa.

Tal afirmação, na via estreita do **habeas corpus**, também não pode ser contestada, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório.

Nesse sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º. REQUISITOS. **PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44, DA LEI 11.343/2006.*

*I - Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, se expressamente reconhecido no v. acórdão objurgado que o paciente integra organização criminosa. Destarte, **tal afirmação só poderia ser infirmada a partir de análise profunda do material probatório, medida incabível na via estreita do habeas corpus** (Precedentes).*

*(HC 127.309/RJ, **Quinta Turma**, Relator Ministro Felix Fischer, DJ e de 31.8.2009)*

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA E SURSIS EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE PENA. ORDEM DENEGADA.

1. A quantidade e a natureza da droga, embora não sejam, por si sós, fundamentos aptos a afastar a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, devem ser consideradas na aferição do quantum de diminuição a ser aplicado, a teor do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

2. In casu, não faz jus à aplicação da causa de diminuição inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que ficou consignado que as circunstâncias que envolveram a prática delituosa - notadamente a quantidade de droga apreendida (3,965 kg de maconha) e a forma como foi transportada - **levam à conclusão que o paciente integra organização criminosa, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício**, não havendo, portanto, que se falar em bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria. Precedentes.

3. **A conclusão a que chegou as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo certo que, para afastar o entendimento que impediu a aplicação da referida causa de diminuição, seria necessário o revolvimento aprofundado das provas, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do writ.**

(HC 165.647/SP, Sexta Turma, Relator Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, DJe de 23.5.2011)

Do Supremo Tribunal, colho este julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO TRANSNACIONAL DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELO JUIZ SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL EM SEDE DE APELAÇÃO. ORDEM DENEGADA. I – Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II – No presente caso, o juízo de primeiro grau deixou de aplicar a causa de diminuição da pena, em virtude de a paciente ter se associado a outras três pessoas para a prática do crime de tráfico transnacional de droga, o que evidencia a existência de uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa voltada para esse fim.

*III – A discussão sobre o acerto ou desacerto da decisão do juiz de primeiro grau, confirmada em segunda instância, **exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de habeas corpus, não se mostra possível**, visto tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória.*

(HC 106.105/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.2.2011)

O regime prisional foi mantido pelo Tribunal **a quo**, nos termos já expostos na sentença condenatória, a qual assim justificou a imposição da medida, **in verbis**:

A pena privativa de liberdade cominada deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, ressalvando que a verificação do preenchimento das condições para progressão de regime ficará a cargo do Juízo da Execução, inclusive no tocante a eventual direito à progressão pelo tempo da prisão provisória já decorrido.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito a teor do disposto no art. 44, "caput", da Lei n.º 11.343/2006. Sobre a aludida vedação legal, observa Guilherme de Souza Nucci que "nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não se fere a individualização da pena. Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas (in "Leis Penais e Processuais Penais Comentadas", São Paulo, RT, 2006, pág. 82). (e-fls. 41/42)

A negativa do benefício da substituição da pena, com fundamento no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, contraria entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o HC n.º 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos".

No entanto, em decorrência do indeferimento dos pedidos referentes à dosimetria da pena, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza, por razão diversa, o deferimento da substituição da pena corporal por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

O regime prisional, no entanto, foi determinado, unicamente, com base na vedação contida na Lei n.º 8.072/90. Com efeito, a hediondez do delito não basta para justificar uma maior penalização do réu, cabendo a avaliação de dados concretos presentes nos autos.

In casu, não obstante a primariedade e os bons antecedentes do réu, observo que a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido – friso 1.915 g (mil novecentos e quinze gramas) de cocaína – justificam a adoção de regime prisional mais gravoso.

Por todo o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0256930-1

HC 222.991 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 121513720094036119 200961190121511 21061109

EM MESA

JULGADO: 23/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : FRANCISCO JAVIER PEREZ CARRASCOSA (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."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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