



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.428 - RJ (2011/0259880-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JEFERSON DE BRITO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343/06. MENORIDADE RELATIVA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DESTA CORTE. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

1. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que a incidência de circunstâncias atenuantes, inclusive a menoridade relativa e a confissão espontânea, não podem reduzir a pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal.

2. 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.

3. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, em razão da quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas.

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

5. 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).

6. Não obstante a primariedade e os bons antecedentes do réu, observo que a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido – friso 65,4 g (sessenta e cinco gramas e quatro decigramas) de maconha e 25,7 g (vinte e sete gramas e sete decigramas) de cocaína – justificam a adoção de regime prisional mais gravoso.

7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 223.428 - RJ (2011/0259880-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Jeferson de Brito, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que negou provimento ao apelo defensivo, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - Apelante condenado nas penas do art. 33 da Lei 11.343/06 - Materialidade e autoria incontroversas - Apelo defensivo que visa, tão somente, alterar a dosimetria da pena - INAPLICABILIDADE DAS ATENUANTES GENÉRICAS DA CONFISSÃO E DA MENORIDADE: aplicação da Súmula 231 do STJ - INAPLICABILIDADE DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33 § 4º DA LEI N.º 11.343/06: apreensão de maconha e cocaína. Diversidade de drogas que indica maior reprovabilidade da conduta e impede a concessão do benefício a teor da norma derivada do artigo 42 da lei de regência - CONFIRMAÇÃO DO PERDIMENTO DOS BENS - RECURSO DESPROVIDO. (e-fl. 15)

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, porque portava 65,4 g (sessenta e cinco gramas e quatro decigramas) de maconha e 25,7 g (vinte e sete gramas e sete decigramas) de cocaína, além de dois telefones celulares, um rádio transmissor, um simulacro de arma de fogo e R\$ 14,00 (quatorze reais) em espécie.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, onde pleiteava o redimensionamento da pena.

Como dito, ao pleito foi negado provimento.

No presente *writ*, insurge-se a Defensoria-impetrante contra a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desconsideração das circunstâncias atenuantes para redução da pena-base, já fixada em patamar mínimo.

Afirma que "a confissão, bem como a menoridade, devem sempre ser aplicadas, independente de incidirem aquém da pena-base fixada no seu mínimo, sob pena de se prejudicar justamente aquele réu que, primário e portador de bons antecedentes, tem sua pena aplicada no mínimo." (e-fl. 5).

Sustenta, ainda, que o paciente atenda a todas as circunstâncias elencadas no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, de modo que seria cabível a redução da pena.

Por fim, alega que a fixação do regime prisional deve adequar-se às circunstâncias do caso concreto, possibilitando o cumprimento da pena em situação menos gravosa, mesmo nos delitos de tráfico de entorpecentes.

Requer o redimensionamento da pena e a fixação do regime aberto para seu cumprimento, além da substituição da sanção corporal por medida restritiva de direitos.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.428 - RJ (2011/0259880-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Ressai dos autos que o paciente foi surpreendido trazendo consigo, para fins de comércio, 65,4 g (sessenta e cinco gramas e quatro decigramas) de maconha e 25,7 g (vinte e sete gramas e sete decigramas) de cocaína, além de dois telefones celulares, um rádio transmissor, um simulacro de arma de fogo e R\$ 14,00 (quatorze reais) em espécie.

A pena, arbitrada em 5 (cinco) anos de reclusão, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa foi dimensionada, no que interessa, nos seguintes termos:

*Considerando as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o dolo não foge às circunstâncias do tipo. O acusado é primário, menor, sem antecedentes. Os motivos são diretamente ligados à possibilidade de ganho fácil. O comportamento social de, incompatível com a normalidade, só há o registro do presente fato, pelo que, fixo a pena a ser cumprida em 05 (cinco) anos de reclusão e multa correspondente a 500 (quinhentos) dias-multa, calculados no valor unitário mínimo legal. Deixo de aplicar o disposto no parágrafo 4^a do artigo 33 da lei específica, isto porque. A **mens legis** objetivou beneficiar o traficante eventual, ou seja, aquele que, por um ato isolado acaba por cometer tão grave crime. Longe está aquele que é surpreendido na posse de 77 embalagens contendo maconha e 52 embalagens contendo cocaína. Demonstra isto, ser potencialmente grande o número de pessoas atingíveis e, não fora isto, o próprio acusado declarou já trabalhar para o tráfico por mais de sessenta dias.*

Quanto a pretensão de diminuição da pena para aquém do mínimo legal, afronta o princípio da legalidade.

O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil diz: ' Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'.

Ora, aplicar a lei, nada mais é senão observar os limites traçados por ela, adequando-se a sanção ao fato típico praticado. Não há, no caso, livre arbítrio, sob pena de, o desrespeito aos limites traçados pela própria lei, constituir-se em arbitrariedade. Assim, como as circunstâncias agravantes não podem fazer com que o máximo da pena previsto em lei seja ultrapassado, da mesma forma, o mínimo há de ser respeitado.

São princípios garantísticos, em especial o da tipicidade ou taxatividade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das penas, estabelecidos no próprio sistema jurídico penal pelo Legislador Constituinte, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXIX que afirma:

‘Não há crime sem lei anterior que o defina; nem pena sem prévia cominação legal’.

O mesmo princípio foi recepcionado pelo legislador ordinário na elaboração do Código Penal, mais especificamente no artigo 1º.

O princípio da individualização da pena preconizado no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal, está submetido à reserva de lei restritiva, ou seja, está limitado legalmente pelo artigo 59, II, do Código Penal.

Por seu lado, é verdade que alguns Tribunais estaduais e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, conforme bem lembrado pela defesa, entenderam de maneira diversa, mas, sem unanimidade.

O Pretório Excelso, por sua vez, reiteradamente, decidiu sem impossível a diminuição pretendida, comungando com a vedação legal.

.....
Ademais, atender-se a pretensão defensiva seria violar a finalidade social da lei, no caso específico com relação à imputação feita ao acusado, isto porque, é notória a mobilização social contra as drogas. Desta forma, torno a reprimenda definitiva e concreta como fixada, estabelecendo o regime fechado para o seu cumprimento, conforme prevê o artigo 2º, § 1º, da lei 8072/90. (e-fls. 28/31).

A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que a incidência de circunstâncias atenuantes, inclusive a menoridade relativa, não podem reduzir a pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal.

Ao aplicar a pena-base o julgador fixou-a no mínimo legal, incidindo na hipótese o enunciado da Súmula 231, de seguinte teor:

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

No mesmo sentido, trago à colação os seguintes julgados:

Roubo (caso). Circunstância atenuante (não-incidência). Fixação da pena abaixo do mínimo legal (impossibilidade). Recurso exclusivo do Ministério Público (provimento). Agravo regimental (defesa). Arma de fogo (não apreensão). Exclusão do aumento (inovação). Habeas corpus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de ofício (possibilidade).

1. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231). Com esse entendimento, foi dado provimento a recurso exclusivo do Ministério Público.

4. Agravo regimental a que se negou provimento com a concessão da ordem de **habeas corpus** de ofício, para se excluir da condenação o aumento pelo emprego de arma de fogo.

(AgRg no REsp 892.524/RS, Relator o Ministro NILSON NAVES, DJe 9.3.2009)

CRIMINAL. RESP. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. DOSIMETRIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 – STJ. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA. LEI N.º 8.072/90. VEDAÇÃO LEGAL À PROGRESSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 9.455/97. EXCLUSIVIDADE DOS CRIMES DE TORTURA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de atenuante relativa à menoridade do agente e à confissão espontânea. Incidência da Súmula 231/STJ.

Recurso especial provido para cassar a decisão recorrida e restabelecer a sentença de primeiro grau de jurisdição, no que diz respeito à dosimetria da pena e, também, para fixar o regime integralmente fechado para o cumprimento da mesma.

(REsp 601.830/RS, Relator o Ministro GILSON DIPP, DJ 2.8.2004)

Quanto aos demais pontos, a ordem tampouco comporta concessão.

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 ordinária, 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 11.343/06, em razão da quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas.

Tal afirmação, na via estreita do **habeas corpus**, não pode ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contestada, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 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 § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da grande quantidade de droga apreendida, qual seja, 2.193g (dois mil, cento e noventa e três gramas) de cocaína.

3. Ademais, 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 no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

4. 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.)

5. Ordem denegada.

(HC 197.662/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 1º.2.2012)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Relator Ministro Felix Fischer, DJe 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 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, Relator Ministro Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE, DJe de 23.5.2011)

Por fim, 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 o deferimento da substituição da pena corporal por 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 65,4 g (sessenta e cinco gramas e quatro decigramas) de maconha e 25,7 g (vinte e sete gramas e sete decigramas) 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: 2011/0259880-0

HC 223.428 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 144962010 185696220108190206 1856962201081906

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 : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : JEFERSON DE BRITO

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.