



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.547 - SP (2010/0097885-5)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : FERNANDO CATACHE BORIAN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLAYLLANY DA SILVA SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.313/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS NºS 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 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 e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. No caso, é inaplicável a redução legal, pois, embora a paciente seja primária e de bons antecedentes, a elevada quantidade de entorpecentes encontrados em seu poder, a saber, 1 Kg (um quilo) de *crack* e 5,6 g (cinco gramas e seis centigramas) de maconha, transportada em conjunto com uma inimputável, evidencia seu envolvimento em organização criminosa. Precedentes.

3. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

4. Na hipótese, verifica-se a presença da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, bem como grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, o que autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso.

5. Diante das mesmas balizas, não se mostra recomendável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. 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 maioria, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 17 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.547 - SP (2010/0097885-5)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Klayllany da Silva Santos, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público Estadual.

Consta dos autos ter sido a paciente condenada à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, pela suposta prática do crime previsto no art. 33, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06.

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu provimento a fim de, afastada a causa especial de diminuição contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, exasperar as reprimendas para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantido o regime prisional fechado.

No presente *writ*, sustenta o impetrante constrangimento ilegal no acórdão impugnado, uma vez que a paciente preenche todos os requisitos exigidos pela minorante em comento.

Afirma, ainda, ser possível a fixação de regime prisional menos gravoso.

Requer, assim, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), bem como o estabelecimento do regime aberto ou semiaberto para início de cumprimento da sanção privativa de liberdade.

Prestadas as informações, o parecer da lavra do Procurador Regional da República – no exercício das atribuições de Subprocurador-Geral – Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho é pelo não conhecimento da ordem ou, se conhecida, pela sua denegação. Eis a ementa (fl. 52):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. EXAME DE MATÉRIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-PROBATÓRIA. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DE REGIME PREJUDICADO.

- PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO OU, SE CONHECIDA, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.547 - SP (2010/0097885-5)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o paciente seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização desse gênero.

A alegação de que a paciente preenche todos os requisitos para ter sua pena reduzida não pode ser acolhida, pois, conquanto seja primária, o Tribunal **a quo** – no julgamento do apelo interposto pelo órgão de acusação – afastou a incidência do referido redutor, a partir da análise de elementos concretos contidos nos autos. Veja-se trecho do acórdão (fls. 12/13):

No tocante ao apelo ministerial, verifico que, de fato, a apelada não preenche os requisitos para a concessão do benefício previsto no artigo 33, § 4º, do citado Diploma legal.

É que, diante da natureza do entorpecente, crack, cujos efeitos devastadores, dentre eles a dependência química quase que imediata, são dispensados a um número cada vez maior de usuários, que não raro cometem variados e brutais delitos em troca de uma nova dose da droga, além da elevada quantidade da droga apreendida e do envolvimento de adolescentes na empreitada, não recomendam a redução de sua pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Como visto, a aplicação da benesse foi afastada com base nas circunstâncias que ladearam a prática delitiva, notadamente diante da excessiva quantidade de drogas apreendidas.

Inegavelmente, a elevada quantidade de entorpecentes encontrados em poder da paciente, a saber, 1 Kg (um quilo) de *crack* e 5,6 g (cinco gramas e seis centigramas) de maconha, transportada em conjunto com uma inimputável, evidencia seu envolvimento em organização criminosa, impedindo o reconhecimento da modalidade privilegiada do crime. Tal fundamento encontra eco na jurisprudência desta Casa.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.313/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nos 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 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 e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que faz parte de organização criminosa, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade e variedade de substância entorpecente apreendida – 124 (cento e vinte e quatro) porções de cocaína, com peso líquido de 111,6 gramas; e 113 (cento e treze) porções de crack (composto à base de cocaína), num total líquido de 45,2 gramas; 10 porções de maconha, num total líquido de 37 gramas – bem como a apreensão de rádio comunicador utilizados para monitorar a atuação de policiais e a presença de compradores, além do envolvimento de menor no comércio clandestino.

3. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

4. In casu, verifica-se a presença da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06 bem como grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, o que permite a fixação de regime prisional mais gravoso.

5. Ordem denegada.

(HC 170.830/SP, de minha relatoria, DJe de 13.12.10)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. EXAME DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.
ORDEM DENEGADA.

1. Não se aplica a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

2. O volume de drogas apreendido, em regra, não enseja a impossibilidade de aplicação da referida minorante. Entretanto, na hipótese de apreensão de grande quantidade de entorpecentes (no caso, 950 gramas de crack), não há como se inferir que o produto seja apenas para consumo próprio, revelando tratar-se de pessoa dedicada à criminalidade ou integrante de organização criminosa.

Precedentes.

3. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão de que o acusado se dedica à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório.

Precedentes.

4. *Ordem denegada.*

(HC 171.633/SP, Relator Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.11.10)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o paciente seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades.

2. No caso, o Tribunal a quo afastou a incidência da benesse pretendida sob o fundamento de que as circunstâncias que ladearam a prática delitiva evidenciariam a dedicação do paciente a atividades criminosas, ainda que não de forma estável e duradoura, elementares necessárias para a configuração do delito de associação para o tráfico – art. 35 da Lei nº 11.343/06.

3. Não se olvide que a elevada quantidade de droga apreendida, a saber, quase 15 (quinze) quilos de cocaína, é circunstância que impede o reconhecimento da referida minorante. *Precedentes.*

4. De se ver, que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de enorme quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo.

5. *Ordem denegada.*

(HC 141.921/SP, de minha relatoria, DJe de 22.11.10)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É de ver, por fim, que a **mens legis** da causa de diminuição de pena é alcançar pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente com alto poder destrutivo.

Outra sorte não assiste ao impetrante quanto ao pedido de fixação de regime prisional menos gravoso.

Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que, mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados –, a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do caso por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.

O legislador pátrio, atento à referida evolução jurisprudencial, editou, em 28.3.07, a Lei nº 11.464, que, modificando a redação da Lei nº 8.072/90, **derrogou a vedação à progressão de regime**, estabelecendo que a pena a condenados por crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo devem ser descontadas apenas **inicialmente** no regime fechado.

No entanto, persistiu – e ainda persiste – a odiosa ofensa ao princípio da individualização pena. Ora, **se o dispositivo responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos** – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – **que iniciem a expiação no regime mais gravoso**.

Ainda mais. A Lei não anda em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.

Neste Colegiado já contamos com julgados no sentido ora defendido. Sejam exemplos, os **Habeas Corpus** nº 130.113/SC, Relator Ministro Nilson Naves; **Habeas Corpus** nº 154.570/RS, Relatora Ministra Maria Thereza; e **Habeas Corpus**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nº 128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi. Deste último precedente, recupero a ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL À RECUPERAÇÃO DA CONDENADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verifica-se que o delito fora praticado em 04/10/2007, quando a Lei nº 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos.

2. Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea 'c', deve ser o aberto.

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva.

(HC 128.889/DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 5.10.09)

Todavia, observo, **in casu**, a presença da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, bem como grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos – friso: 1 Kg (um quilo) de *crack* e 5,6 g (cinco gramas e seis centigramas) de maconha –, o que autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso.

Diante das mesmas balizas, não se mostra recomendável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

À vista do exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.547 - SP (2010/0097885-5)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : FERNANDO CATACHE BORIAN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLAYLLANY DA SILVA SANTOS (PRESO)

VOTO-VENCIDO

O EXMO SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): Sra. Presidente, temos fixado o regime semiaberto até para quantidade maior de entorpecente. O paciente é primário e portador de bons antecedentes. Sendo assim, com a devida vênia, insisto neste ponto: o regime tem que ser o semiaberto.

Concedo em parte a ordem de habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0097885-5

HC 174.547 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 8012008 990092072781

EM MESA

JULGADO: 17/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDO CATACHE BORIAN - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : KLAYLLANY DA SILVA SANTOS (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 maioria, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP)."

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.547 - SP (2010/0097885-5)

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: A situação é a mesma da anterior, as circunstâncias iniciais também, além do fato de estar a traficar com um menor.