



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.345 - RJ (2010/0032010-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : **ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PACIENTE : **HUELINTON DA SILVA BORGES**
PACIENTE : **NILTON BRAGA DE OLIVEIRA**

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME SEMIABERTO. INVIABILIDADE DA CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO.

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 réu seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades.

2. A sentença condenatória e o acórdão que a confirmou em sede de apelação afastaram, de maneira fundamentada, a incidência do benefício pretendido ao fundamento de que as circunstâncias que ladearam a prática delitiva evidenciaram o envolvimento dos pacientes em atividade criminosa, principalmente pelo fato de a droga apreendida conter a inscrição da facção conhecida como "Comando Vermelho".

3. Na espécie, perfeitamente aplicável o regime semiaberto, cuidando-se de réus primários, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal de cinco anos de reclusão.

4. A quantidade e diversidade de droga apreendida, contudo, não recomendam o benefício da substituição de pena, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

5. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada aos pacientes.

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, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), 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

Brasília, 15 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.345 - RJ (2010/0032010-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Huelinton da Silva Borges e Nilton Braga de Oliveira contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negou provimento aos recursos defensivos.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06.

Sustenta a impetração que não há razão para deixar de se aplicar o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, destacando que "não exsurge dos autos uma única prova concreta de que os pacientes se dediquem às atividades criminosas ou integrem organização criminosa".

Pugna, ainda, pela fixação do regime aberto para cumprimento da reprimenda e a sua substituição por medidas restritiva de direitos.

Indeferida a liminar, o Ministério Público Federal é pelo conhecimento parcial e denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.345 - RJ (2010/0032010-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Os pacientes foram condenados por tráfico de drogas, porque "tinham em depósito, dentro de uma mochila encontrada atrás de uma sapateira, 587,3 g (quinhentos e oitenta e sete gramas e três decigramas) da substância entorpecente *cannabis sativa L*, acondicionados em 294 (duzentas e noventa e quatro) pequenas embalagens confeccionadas com sacos plásticos transparentes e incolores, e 65,4 g (sessenta e cinco gramas e quatro decigramas) da substância entorpecente cloridrato de cocaína, em forma de 'crack', distribuídos em 122 (cento e vinte e dois) grânulos amarelados, envoltos em papel alumínio, acondicionados em sacos plásticos vermelhos com as seguintes inscrições 'CV10', tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

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.

A alegação de que os pacientes preenchem todos os requisitos para ter sua pena reduzida não pode ser acolhida, pois, conquanto sejam primários, as instâncias ordinárias afastaram a possibilidade da incidência do referido redutor, a partir da análise de elementos concretos contidos nos autos.

Veja-se o seguinte trecho da sentença:

Como se observa do laudo de exame de entorpecente de fl. 70, o entorpecente apreendido continha inscrição de facção criminosa, in casu, a do comando vermelho, não sendo razoável supor que os acusados traficassem naquela comunidade, dominada por dita facção, sem que estivessem estritamente ligados a ela. Torna-se impossível, desse modo, aplicar a dita redução de pena prevista na lei para os acusados, em que pese a primariedade dos mesmos.

Do acórdão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao seu turno, inexistente amparo ao pleito de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei em exame, porquanto as circunstâncias dos autos, tais como a quantidade, a forma de acondicionamento, inclusive com inscrição de conhecida facção criminosa, e o fato de estarem guardadas em depósito, tornam certo o envolvimento dos réus, e ora apelantes em atividade criminosa.

Como visto, a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou em sede de apelação afastaram a incidência do benefício pretendido, ao fundamento de que as circunstâncias que ladearam a prática delitiva evidenciaram o envolvimento dos pacientes em atividade criminosa, principalmente pelo fato de a droga apreendida conter a inscrição da facção conhecida como "Comando Vermelho".

Não se olvide que a elevada quantidade e a diversidade de droga que os réus tinham em depósito, a saber, 587,3 g (quinhentos e oitenta e sete gramas e três decigramas) de maconha, acondicionados em 83 (oitenta e três) cápsulas, e 65,4 g (sessenta e cinco gramas e quatro decigramas) de crack, distribuídos em 122 (cento e vinte e dois) papérolas são circunstâncias que, a meu ver, impedem o reconhecimento da modalidade privilegiada do crime.

Tal fundamento encontra eco na jurisprudência desta Casa. A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. No crime de tráfico de drogas, a quantidade do entorpecente deve ser considerada na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da Lei 6.368/76, que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esse fundamento apresenta-se válido para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Precedentes do STJ.

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, 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, uma vez que, embora o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente seja primário e de bons antecedentes, ele não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente à vedação de se dedicar à atividade criminosa, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada.

(HC 113.005/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 1º/12/08)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS SEUS REQUISITOS. ORDEM CONHECIDA PARCIALMENTE E DENEGADA.

1 - O pedido de absolvição das pacientes demanda o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de **habeas corpus**.

2 - Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, na forma do art. 59 do Código Penal, notadamente o fato de as pacientes se utilizarem do tráfico de drogas como meio de vida, inclusive associando-se para tal fim há mais de três anos e, ainda, envolvendo menores de idade para a entrega da droga aos usuários, sendo destacado em relação à Marilda Machado da Silva, ademais, a circunstância dela comandar a organização criminosa, inexistente constrangimento ilegal.

3 - **Não fazem jus à diminuição da pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, os condenados por tráfico de drogas que integram organização criminosa, circunstância motivadamente reconhecida pelo Tribunal de origem.**

4 - Ordem conhecida em parte e denegada.

(HC nº 91.840/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 15/9/08)

É de ver, por fim, 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 expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo.

Lado outro, não vejo com manter o regime inicial fechado aplicado na sentença.

Isso porque a pena-base dos réus – primários – fora fixada no mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, não ultrapassando a sanção corporal o patamar de oito anos, sendo imperioso o estabelecimento do regime inicial semiaberto.

Com efeito, por ocasião do julgamento do **Habeas Corpus** nº 167.849/MG (sessão do dia 25.5.10), salientei que com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime no crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena quando se afirmou que todos esses crimes deveriam iniciar a expiação no regime mais gravoso.

Disse mais: a Lei não andou 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.

Nesse sentido, verifica-se os recentes precedentes: **HC-130.113/SC**, Relator Ministro Nilson Naves; **HC-154.570/RS**, Relatora Ministra Maria Thereza; e **HC-128.889/DF**, Relator Desembargador convocado Celso Limongi. Este último assim sumariado:

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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, entendo, na espécie, perfeitamente aplicável o regime semiaberto, cuidando-se de réus primários, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal de cinco anos de reclusão, permanecendo neste patamar.

Mesma sorte não lhes assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque a quantidade de droga apreendida, como observado, não recomenda o benefício, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

À vista do exposto, meu voto **concede parcialmente** a ordem tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada aos pacientes.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0032010-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 163.345 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20072040106136 200805005809

EM MESA

JULGADO: 15/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : HUELINTON DA SILVA BORGES

PACIENTE : NILTON BRAGA DE OLIVEIRA

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, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), 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, 15 de fevereiro de 2011

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário