



RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : VANESSA BOIATI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PAÇIENTE : RICARDO SANTOS DE VASCONCELOS

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. FRAÇÃO DO REDUTOR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RELEVÂNCIA DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA PARA A ESCOLHA DO QUANTUM. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O simples fato de o paciente ter praticado o crime de tráfico de drogas não autoriza, por si só, afirmar que ele se dedique a atividades delituosas, sobretudo se considerada a sua primariedade e a ausência de evidências concretas de que efetivamente possua ligação com organizações criminosas.
2. Constatado o preenchimento de todas as condições necessárias ao reconhecimento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, de rigor a aplicação da benesse em questão.
3. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.
4. Juízo de proporcionalidade que autoriza a mitigação em 1/6 (um sexto), em razão da quantidade e da natureza da substância entorpecente apreendida.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO PATENTEADA.

1. A Lei n. 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.
2. *Habeas corpus* parcialmente concedido, para reconhecer a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, reduzindo-se a sanção de 1/6 (um sexto), tornando-se a pena do paciente definitiva em **4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa**, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 147.299 - SP (2009/0179109-5)

IMPETRANTE : VANESSA BOIATI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO SANTOS DE VASCONCELOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de RICARDO SANTOS DE VASCONCELOS, contra acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal n.º 990.08.146649-0, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à reprimenda de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/06.

A impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que estariam preenchidos todos os requisitos necessários para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, quais sejam, além da primariedade e dos bons antecedentes, a não dedicação a atividades delituosas e a não integração em organização criminosa.

Considera que o Tribunal de origem não poderia ter negado a incidência da benesse em questão com base unicamente na quantidade e na natureza da droga apreendida, eis que, segundo defende, *"tal circunstância não se encontra entre aquelas taxativamente enumeradas no par. 4º do art. 33 da Lei de Drogas, que orientam a aplicação da causa de diminuição"* (fl. 5).

Sustenta, outrossim, que a imposição legal genérica no sentido de que seja fixado o modo fechado para o início do resgate da sanção reclusiva aos condenados pelo crime de tráfico de drogas violaria o princípio constitucional da individualização da pena, de maneira que, para a escolha do regime prisional, deveriam ser observados os parâmetros estabelecidos no art. 33 do Código Penal.

Requeru, liminarmente e no mérito, fosse aplicada, em favor do paciente, a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, e no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar máximo de 2/3 (dois terços), bem como fosse fixado o regime inicial de cumprimento de pena de acordo com os parâmetros previstos no art. 33 do Estatuto Repressivo.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 147.299 - SP (2009/0179109-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, segundo restou apurado, no dia 25-5-2008, *"nas imediações de estabelecimentos de ensino e de saúde, trazia consigo e mantinha sob sua guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comercialização ou para entrega, de qualquer forma, para consumo de terceiros, 45 (quarenta e cinco) 'papelotes' de cocaína (peso líquido: 26,02 gramas), substância entorpecente que determina dependência física ou psíquica"* (fl. 11).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

No que tange à causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, o juiz singular entendeu inviável a aplicação da benesse em favor do paciente, pelos seguintes fundamentos:

O réu asseverou que tinha como fornecedor um indivíduo do Parque Bancário, sendo que transportava a droga até a Avenida Henrique Morize, para então realizar a venda. Revelou estar bem integrado nessa rotina, tanto que, ao ser pego, já tinha vendido 8 (oito) de um total de 53 (cinquenta e três) porções. Por conta dessas circunstâncias e da expressiva quantidade de 'papelotes' apreendidos, concluiu que o réu se dedicava corriqueiramente à venda de drogas, integrado que estava a organizações criminosas que fomentam essa escusa atividade, pelo que afastou a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06. (fl. 14)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve o afastamento da minorante em questão, pelos argumentos a seguir aduzidos:

É de ter em conta que a quantidade de entorpecente apreendido, ou seja, 45 papelotes de cocaína, é expressiva. Como se vê, o réu não é pequeno traficante. Se esta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de droga entrasse em circulação, certamente destruiria a vida de muitos jovens e suas respectivas famílias.

Inaplicável, no caso em tela, o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, por não se tratar de direito subjetivo do acusado. O legislador, ao adotar a expressão 'poderão', quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante, que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada.

Em outras palavras, se o legislador entendesse que a benesse acima mencionada era direito do réu, teria usado a palavra 'deverão', oriunda do verbo 'dever', que significa obrigação, necessidade, etc.

Assim, [...], não há qualquer dúvida de que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do Juiz que, como já dissemos acima, tem de levar em consideração o artigo 59, caput, do Código Penal e, também, o artigo 42 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Desta forma, tendo em vista a quantidade e tipo de droga, o réu Ricardo Santos de Vasconcelos, apesar de primário e de ostentar bons antecedentes, não faz jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. (fls. 24-26)

Certo é que, sobre a minorante em questão, este Tribunal Superior tem adotado o entendimento segundo o qual **"a expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode 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 as instâncias ordinárias negaram a incidência da benesse em questão com base nas circunstâncias do caso concreto, na natureza e na quantidade de drogas apreendidas, as quais levaram a crer que o paciente se dedicaria a atividades delituosas ou integraria organização criminosa especialmente voltada para o narcotráfico.

Não obstante, o simples fato de o paciente ter praticado o crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

narcotráfico, e a tão só constatação de que ele tinha como fornecedor da droga um terceiro indivíduo e que transportava a substância entorpecente até determinado local para lá realizar a sua venda, não autorizam, por si só, afirmar que ele integre organização criminosa ou se dedique a atividades delituosas, como o fez o juiz sentenciante (fl. 14), eis que se trata de **circunstâncias que integram o próprio tipo penal do tráfico de drogas e que dizem respeito simplesmente à forma como era realizado o ilícito em questão**, de maneira que essas constatações, desprovidas de outras evidências concretas que efetivamente comprovem que o sentenciado possuía, de fato, ligação com organizações criminosas, não poderiam impedir o reconhecimento da benesse ora almejada.

Em outros termos, embora este Superior Tribunal tenha orientado no sentido de que a expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias do caso concreto, possa, por vezes, impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena ora em comento - caso em que estará evidenciada a dedicação a atividades criminosas -, tem-se que, no caso concreto, não obstante a nocividade da substância entorpecente apreendida seja maior do que a de outras drogas - cocaína -, **a traficância se deu sobre pequena quantidade de entorpecente - 26,02 gramas** - tanto que a pena-base do paciente restou fixada no mínimo legalmente previsto, revelando, dessa forma, comportamento que não poderia ser tido ou inferido como decorrente de manifesta atividade criminosa a ponto de impedir o reconhecimento da minorante em questão, sob pena de se considerar toda e qualquer conduta de tráfico uma situação incompatível com a diminuição de pena prevista em lei.

Nesse sentido, o seguinte julgado da Sexta Turma deste Superior Tribunal:

RESP. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DIMINUIÇÃO DA PENA. BENEFÍCIO NEGADO. INDICAÇÃO DE ATIVIDADE CRIMINOSA. SITUAÇÃO NÃO DEMONSTRADA POR DADOS CONCRETOS. VALORAÇÃO EM TORNO DA PRÓPRIA CONDUTA PELA QUAL FOI APENADO. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. REPRIMENDA BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL.

1. A exclusão da causa minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 deve basear-se em dados concretos, não podendo o Juiz se valer, para tanto, da própria conduta na qual o réu foi apenado para afirmar a existência de "atividade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa".

2. Na espécie, as circunstâncias judiciais, valoradas em favor do réu, permitiram a fixação de pena no mínimo legal, razão por que se afigura incoerente impedir a diminuição sem elementos outros que realmente comprove ser o caso desmerecedor da benesse legal.

3. Recurso provido para reduzir a pena em 2/3 (dois terços). (REsp n.º 1.085.039/MG, Re. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 8-9-2009, DJe 28-9-2009) (grifos nossos)

Portanto, dos elementos que instruem os autos, constata-se que o paciente preenche todas as condições necessárias ao reconhecimento da referida benesse, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa, razão pela qual merece ser aplicada, em seu favor, a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

No tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, "[...] se o legislador não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição, impõe-se como critério a observância das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, como também, e com preponderância, as dispostas no art. 42 da Lei Antidrogas. **Assim, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução.**" (AgRg no HC n.º 145.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP -, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010).

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: "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 ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, verifica-se adequada a escolha do redutor de 1/6 (um sexto), em razão da natureza e da quantidade de substância entorpecentes apreendida com o paciente - 45 (quarenta e cinco) papелotes de cocaína, com peso líquido de 26,02 gramas (fl. 11), cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria da pena do paciente, tem-se que, na primeira etapa da dosimetria, a sua reprimenda restou fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase de aplicação da pena, ausentes quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Por fim, mantém-se inalterado o aumento de 1/6 (um sexto) procedido por força da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 e, em razão da incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 1/6 (um sexto), fica a sua **reprimenda definitiva em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa.**

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado ao paciente, o juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo inicialmente mais gravoso "*consoante norma cogente do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.072/90 (com redação dada pela Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007)*" (fl. 14).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterado o regime inicial fechado de cumprimento de pena, "*nos termos do art. 2º, par. 1º, da Lei n. 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/07*" (fl. 26).

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção do paciente tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restou condenado **ocorreu em 25-5-2008**, após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4º., DA LEI 11.343/06). PENA: 2 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 275 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (1 BUCHA DE MACONHA E 11 PEDRAS DE CRACK). DELITO COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07 (13.08.2008). INADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. [...].

1. Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (11 pedras de crack e 1 bucha de maconha) justificam a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

2. Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

[...]

10. Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de

conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. (HC n.º 187.962/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22-2-2011, DJe 21-3-2011)

Ainda, o seguinte precedente da Suprema Corte:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO.

1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal - seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado.

2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante.

3. Ordem denegada. (HC n.º 103.011/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 24-8-2010, DJe 10-9-2010)

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, apenas para reconhecer, em favor do paciente, a aplicação em 1/6 (um sexto) da causa especial do diminuição prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei de Drogas, tornando-se a sua pena definitiva em **4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0179109-5

HC 147.299 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50080383971 7622008 990081466490

EM MESA

JULGADO: 26/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VANESSA BOIATI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO SANTOS DE VASCONCELOS

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

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.