



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 213.270 - SP (2011/0163968-8)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSCAR FERNANDES SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. 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.
2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.
3. 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.
4. Mantida a pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, descabe falar em substituição por restritivas de direitos, sob pena de ofensa à regra prevista no art. 44, I, do Código Penal.
5. Embora a sanção não alcance 8 (oito) anos, as circunstâncias do caso – considerável quantidade e diversidade do entorpecente – autorizam o estabelecimento do regime fechado para o início da expiação.
6. 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, 12 de abril de 2012 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 213.270 - SP (2011/0163968-8)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Oscar Fernandes de Souza, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se do processado que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, às penas de **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão**, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, além do pagamento de 415 (quatrocentos e quinze) dias-multa, pois "trazia consigo, para entrega ao consumo por terceiros, **23,0 gramas da droga cocaína, em pedra, na forma conhecida como 'crack'; 214,5 gramas de 'Cannabis Sativa L'; 69,6 gramas de cocaína em pó, (...), bem como a quantia de R\$ 41,00 (quarenta e um reais) provenientes da venda de drogas**" (e-fl. 9).

Inconformado apelou, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade de votos, negado provimento ao recurso.

Busca a impetração, em suma, a aplicação do redutor máximo de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a alteração do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-fls. 54/61).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 213.270 - SP (2011/0163968-8)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Para melhor deslinde da controvérsia, recupero o que escreveu o Desembargador Relator ao manter a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, no patamar de 1/6 (um sexto):

Também acertada a aplicação do redutor especial em seu patamar mínimo, já que elevada a quantidade e ampla a variedade de entorpecentes, não fazendo jus à maior benesse na dosimetria.

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, as instâncias ordinárias, conquanto tenham reconhecido a primariedade e os bons antecedentes do paciente, findaram por aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em patamar inferior ao máximo permitido, que é de 2/3 (dois terços), diante das circunstâncias que envolveram a prática delituosa.

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

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Embora o paciente seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerável quantidade de entorpecente apreendido, somada às circunstâncias do caso concreto, levaram a crer que se dedicaria a atividades criminosas.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada.

(HC 138.369/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 28/3/2011)

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 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 22/11/2010)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE SEUS REQUISITOS. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. Faz jus à diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 o acusado que preenche todos os seus requisitos, ou seja, seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem faça parte de organização desse gênero.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No caso, não há como aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, visto que, conforme demonstrado pelas instâncias ordinárias, a paciente não se enquadra nos requisitos necessários à obtenção da benesse, tendo sido reconhecida sua participação em organização criminosa, pelo *modus operandi* do delito, além da grande quantidade de droga apreendida em seu poder, na medida em que ingeriu 96 cápsulas de cocaína - totalizando quase 1 quilo da droga - a fim de transportá-la para o exterior, sendo certo que, sem sua atuação, a organização não teria como completar a atividade ilícita.

3. Ademais, alterar o referido entendimento demandaria, necessariamente, o exame aprofundado dos elementos de prova, providência inviável na via eleita.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 167.026/SP, Relator Ministro HAROLDO RODRIGUES – DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE, DJe 25/10/2010)

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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dito isso, fica preservada a pena nos patamares impostos pelas instâncias ordinárias.

Passo a analisar os pedidos de modificação do regime prisional e de substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Na hipótese presente, sendo mantida a sanção acima de 4 (quatro) anos de reclusão, descabe falar em substituição das penas, sob pena de contrariedade à regra vazada no art. 44, I, do Código Penal, **in verbis**:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

*I - **aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos** e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.*

E, mesmo não se alcançando 8 (oito) anos de reclusão, entendo que as circunstâncias do caso – considerável quantidade e diversidade do entorpecente – recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

A esse respeito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE APLICAR REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que as penas referentes ao crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É certo que, na origem, foi reconhecido o preenchimento dos requisitos legais, tanto que a pena foi efetivamente reduzida. No entanto, deve-se atentar para a existência de diferentes patamares, a serem escolhidos não por puro arbítrio judicial, mas pelas peculiaridades do caso.

3. Na hipótese, a causa de diminuição de pena foi fixada fundamentadamente em 1/6 (um sexto) em razão da quantidade e natureza da droga apreendida com a paciente - 30 (trinta) papелotes de crack.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Embora a pena corporal não alcance 8 (oito) anos de reclusão, a natureza e quantidade do entorpecente apreendido autorizam a manutenção do regime prisional fechado.

5. Ordem denegada.

(HC 207.293/SP, **Sexta Turma**, de minha relatoria, DJe de 5.9.2011)

À vista do exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0163968-8

HC 213.270 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50090565924 5659242009 5982009 957127120108260000

EM MESA

JULGADO: 12/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSCAR FERNANDES SOUZA

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.