



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.725 - RJ (2010/0093595-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ELISÂNGELA BARBOSA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INTERESTADUALIDADE E UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO. AVENTADA ILEGALIDADE NO RECONHECIMENTO DAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE DEBATE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM QUANTO AO TEMA. INCOMPETÊNCIA E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Não há como se conhecer do *habeas corpus* no ponto em que aventa a ilegalidade no reconhecimento concomitante das causas de aumento de pena previstas no art. 40, III e V, da Lei 11.343/06, pois a tese não foi objeto de exame pelo Tribunal impetrado quando do julgamento do apelo defensivo.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS ENCONTRADAS EM PODER DA PACIENTE. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. COMPENSAÇÃO. PREPONDERÂNCIA DO REDUTOR. COAÇÃO ILEGAL AUSENTE.

1. 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.

2. Verificando-se a presença de duas causas de especial aumento de pena - art. 40, III e V, da Lei de Drogas - e uma de especial redução - a do art. 33, § 4º, da Lei 11.434/06, entendeu-se prevalente a de diminuição, deixando-se, assim, de elevar a sanção da agente na terceira etapa da dosimetria, mantendo-a no mínimo legalmente previsto, pelo que ausente qualquer constrangimento ilegal a ser reparado.

3. A diversidade e a quantidade do material tóxico encontrado em poder da paciente - *51 gramas de cocaína e 1,066 quilos de maconha* - , ademais, permitem concluir pela ausência de coação quando negou-se a redução a maior pela incidência do previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR MEDIDAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALTERNATIVAS. QUESTÕES NÃO EXAMINADAS PELO TRIBUNAL ORIGINÁRIO. INCOMPETÊNCIA DESTE STJ E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *MANDAMUS* NÃO CONHECIDO NESSES PONTOS.

1. Não tendo as questões referentes à possibilidade de fixação de regime diverso do fechado e de substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos sido objeto de debate pelas instâncias ordinárias, não podem ser apreciadas diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e ainda sob pena de indevida supressão de instância.

SURSIS. REPRIMENDA SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. CONTINUIDADE DA VEDAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Tendo a reprimenda sido definitivamente estabelecida em patamar superior a 2 (dois) anos de reclusão e observado o estabelecido no art. 44 da Lei 11.343/06, dispositivo ainda vigente e que não foi alvo de declaração de inconstitucionalidade quanto à vedação à suspensão condicional da pena, incorre coação ilegal na decisão que negou o *sursis* à condenada.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.725 - RJ (2010/0093595-2)

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ELISÂNGELA BARBOSA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública e outro em favor de ELISÂNGELA BARBOSA DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negou provimento à Apelação Criminal n.º 0773-26.2009.8.19.0034, interposta pela Defesa, mantendo a sentença que condenou a paciente à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, inciso III e V, todos da Lei n.º 11.343/06.

Alegam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a sentenciada faria jus à redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em seu *quantum* máximo, pois preencheria os requisitos legais, uma vez que não é reincidente, não possui maus antecedentes criminais, não se dedica a atividades ilícitas e nem participa de organização criminosa.

Asseveram que houve ilegalidade o reconhecimento das duas causas de aumento do art. 40, III e V, da Lei nº 11.343/06, aduzindo que, por serem complementares, apenas a segunda deveria ser considerada para fins de elevação da pena.

Afirmam que o fato delituoso ocorreu dentro do transporte público e "*o fato de estar este se dirigindo a outro Estado da Federação absorve a característica de ser o transporte público ou não*" (fls. 4), pelo que somente a causa de aumento referente ao inciso V - tráfico entre Estados da Federação - poderia ter sido considerada na espécie para fins de dosimetria da pena, "*não podendo ambas incidir sobre o mesmo contexto circunstancial*" (fls. 4).

Argumentam que, uma vez reconhecido o afastamento da causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 - delito praticado no interior de transporte público - , deveria preponderar a causa de redução de pena do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, "*que merece percentual máximo*" (fls. 4).

Defendem, ademais, que o tráfico de drogas privilegiado não poderia ser equiparado a crime hediondo, razão pela qual seria cabível na espécie a fixação do regime prisional mais benéfico, pois de acordo com o art. 33, § 2º, c, do Código Penal, permite-se o regime aberto aos condenados não reincidentes, cuja pena não seja superior a quatro anos.

Salientam que a proibição à substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos prevista no art. 44 da Lei de Drogas seria inconstitucional, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal e por esta Corte Superior de Justiça, sendo possível, na hipótese, sua aplicação de ofício.

Entendem que, na impossibilidade de substituição da sanção reclusiva, alternativamente, a paciente faria jus ao benefício da suspensão condicional da pena, prevista no art. 77, III, do Código Penal, uma vez que a vedação prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 não alcançaria o tráfico privilegiado.

Requerem, assim, a concessão da ordem, para que seja aplicado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo, afastada a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, e, de ofício, seja substituída a pena reclusiva por medidas alternativas, ou concedido o *sursis*, e fixado regime menos gravoso para o cumprimento da reprimenda.

Informações prestadas.

O Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento parcial do *habeas corpus* e, nesse ponto, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.725 - RJ (2010/0093595-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Constata-se, da leitura da sentença impugnada, que a paciente foi condenada inicialmente à reprimenda de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito insculpido no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, inciso III e V, todos da Lei n.º 11.343/06, porque de acordo com a exordial acusatória:

*No dia 18 de abril de 2009, por volta de 11h30m, na Rodovia RJ 200, Km 01, bairro Zonal Rural, nesta Cidade, na divisa entre este Município de Miracema, no Estado do Rio de Janeiro, e o Município de Palma, no Estado de Minas Gerais, no interior do ônibus da viação Paraibuna que percorria o trajeto de Cataguases a Santo Antônio de Pádua, a denunciada, consciente e voluntariamente, transportava e trazia consigo, para fins de tráfico e sem autorização legal, dentro de sua bolsa, um total de **51g** (cinquenta e um gramas) da substância entorpecente Cloridrato de **Cocaína**, popularmente conhecida como Cocaína, bem como **1,066Kg** (um quilograma e sessenta e seis gramas) da substância entorpecente "Cannabis sativa", popularmente conhecida como **Maconha**, esta sob forma de erva macerada e prensada, tudo conforme auto de apreensão de fls. 15 e laudo pericial de fl. 09. (fls. 19)*

No que tange à aplicação das causas de diminuição e aumento de pena previstas, respectivamente, nos artigos 33, § 4º, e 40, inciso III e V, da Lei nº 11.343/2006, percebe-se que o Magistrado singular consignou o seguinte:

Analisando os autos, verifico que a ré é primária e de bons antecedentes, conforme se constata na FAC acostada a fls. 89/91. Além disso, não há nos autos qualquer prova capaz de comprovar sua ligação com qualquer tipo de organização criminosa e nem elemento que nos faça concluir que não se tratava de conduta eventual. Em razão disso, reconheço a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

O crime foi praticado dentro de ônibus interestadual, ou seja, de transporte público, devendo ser aplicada a causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, já que se trata de circunstância objetiva, bastando que o agente se encontre transportando a droga em transporte público para que se aplique o aumento.

Ficou provado que a ré transportava a droga entre dois Estados da Federação: Minas Gerais (cidade de Palma) e Rio de Janeiro (cidade de Miracema). Daí porque incide a a causa de aumento de pena do artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, devendo ser levado em consideração a proximidade entre as duas cidades (de origem e destino).

Em virtude da presença de uma causa de diminuição e duas de aumento e diante da prevalência da primeira, mantenho a pena final em 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa, na forma do art. 68, parágrafo único do CP. (fls. 30)

A Corte impetrada, por sua vez, assim justificou quanto à dosimetria da pena:

A sentenciante reconheceu a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo quarto, do artigo 33, da Lei 11.343/06. Reconheceu, também, duas causas de aumento: ter sido o crime praticado no interior de transporte público e entre Estados da Federação.

Em razão da presença de uma causa de diminuição e duas de aumento, a magistrada adequou a reprimenda final no patamar de cinco anos, deixando de majorar a pena, mas também não diminuindo-a aquém do mínimo legal, como pretende a recorrente. (fls. 49)

Com relação ao pleito de afastamento da majorante prevista quando da utilização de transporte público para a realização de tráfico de drogas prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/06, haja vista o reconhecimento da causa especial de aumento de pena elencada no inciso V do art. 40 da Lei de Drogas, verifica-se que a Corte impugnada não examinou a questão da impossibilidade de aplicação concomitante das referidas causas de aumento de pena, limitando-se a manter a compensação entre elas e a causa de diminuição reconhecida na sentença, até porque, do relatório do apelo se infere que a defesa cingiu-se a pleitear a absolvição da ré, alegando fragilidade probatória, e, subsidiariamente, pugnou pela diminuição da pena, *"tanto pelo reconhecimento da confissão como pela causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo quarto, da Lei de Drogas"*, requerendo, conseqüentemente, *"a concessão de sursis"* (fls. 41).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não pode a matéria ser apreciada **diretamente** por esta Corte Superior de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e ainda sob pena de indevida supressão de instância, consoante reiterados julgados desta Casa.

Com efeito, a competência deste Superior Tribunal de Justiça está expressamente prevista no art. 105 e incisos da Constituição Federal, exigindo, para conhecimento da matéria trazida, em caso de *habeas corpus*, a existência de ato coator de Tribunal sujeito à sua jurisdição ou de quaisquer das outras autoridades elencadas no inciso I, alíneas *b* e *c*, da CF/88, o que não se vislumbra ocorrer na hipótese que se apresenta quanto ao tema.

Aliás, destaque-se que, segundo precedente da Sexta Turma deste Sodalício: *"Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição"* (HC n.º 154.333/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16-9-2010, DJe 4-10-2010).

No que tange ao pleito de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em seu *quantum* máximo, cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para escolha da fração de minoração, esse Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que: *"Se o legislador da Lei n.º 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas"* (HC n.º 118.098/RS, Relator(a) Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 9-12-2008).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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"*.

Não há contudo, qualquer ilegalidade na redução da pena por força do previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois da leitura dos trechos da sentença e do acórdão, é possível concluir que as instâncias ordinárias, verificando presentes duas causas de especial aumento de pena - art. 40, III e V, da Lei de Drogas - e uma de especial redução - a citada - entendeu prevalente a de diminuição, deixando, assim, de elevar a pena da paciente na terceira etapa da dosimetria, mantendo-a em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, tal qual fixada na primeira etapa da dosimetria.

Não se pode olvidar, outrossim, a diversidade e quantidade do material tóxico encontrado em poder da paciente - *51 gramas de cocaína e 1,066 quilos de maconha* - , que permitem concluir pela ausência de ilegalidade do aresto no ponto em que negou a redução a maior pela incidência do previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Quanto ao argumento de que o denominado *"tráfico privilegiado"*, dada a aplicação do redutor apontado pelo Tribunal *a quo*, não seria delito equiparado a hediondo, permitindo, assim, a concessão dos benefícios previstos no Código Penal, tais como regime diverso do fechado e substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, razoável compreender que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não desnatura o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, vez que nada mais é do que uma causa especial de diminuição de pena.

Importante destacar que, ao contrário do privilégio e das qualificadoras - que constituem tipo penal autônomo, com nova cominação de penas -, as causas especiais estabelecem tão somente modificação nos parâmetros da pena em abstrato do tipo fundamental, com frações de aumento ou de diminuição da reprimenda.

Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nem integra organização criminosa, as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.

Ressalte-se que o simples fato de o rol das vedações previstas no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 não contemplar o § 4º do art. 33 dessa lei não afasta o caráter hediondo dessa figura, vez que, da leitura atenta daquele dispositivo, observa-se que ele elenca apenas tipos penais (art. 33, *caput*; art. 33, § 1º; e arts. 34 a 37), o que autoriza a conclusão de que esse rol não deveria mesmo incluir uma causa especial de diminuição de pena.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci assevera que *"a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que assim são considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º."* (In: *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3ª edição. Revista dos Tribunais: 2008, p. 320).

Ademais, a simples vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos prevista no próprio art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 reafirma o posicionamento ora adotado, no sentido de que, por certo, não quis o legislador afastar o caráter hediondo dessa conduta, mesmo permitindo punição mais branda, quando preenchidos os pressupostos legais para a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Assim, continua equiparado a hediondo o crime de tráfico de drogas, mesmo quando aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Não obstante, vê-se que a arguida ilegalidade em razão da não substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos e dada a fixação do regime inicial fechado não foi debatida pelo Tribunal impetrado quando do julgamento do apelo defensivo, impossibilitando o conhecimento da matéria diretamente por este Superior Tribunal, pois, como já se afirmou em tópico anterior, a competência deste Sodalício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

está jungida à existência de ato coator de autoridade sujeita à sua jurisdição, o que inócorre na espécie em relação a esses dois temas.

Por fim, no referente à almejada concessão de *sursis*, inviável reconhecer o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima a paciente, pois a sua pena foi estabelecida definitivamente em **3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão**, ou seja, é superior a 2 (dois) anos, pelo que descabida a suspensão da pena, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 77 do CP, não se podendo olvidar, ainda, o contido na parte final do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, que veda esse benefício, salientando-se que tal questão não foi alvo de debate pelo Supremo Tribunal Federal, que se limitou a declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal apenas no tocante à vedação à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos.

Diante de todo o exposto, conhece-se parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0093595-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 173.725 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090340008941 7732620098190034

EM MESA

JULGADO: 25/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA E
OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ELISÂNGELA BARBOSA DA SILVA

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.