



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 150.408 - SP (2009/0200548-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : BEATRIZ SUTTI FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISEU CANDIDO DA SILVA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 33, **CAPUT**, DA LEI N.º 11.343/06. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. REINCIDÊNCIA. **QUANTUM** DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

I - O **habeas corpus**, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas das sustentações feitas já que não se admite dilação probatória (**Precedentes**). **In casu**, não há qualquer documento que comprove que a reincidência levada em consideração pelo órgão julgador na segunda fase da dosimetria decorre de processos em andamento.

II - Embora os percentuais relacionados às agravantes não encontrem limites expressos no Código Penal, a exacerbação da reprimenda em razão destas circunstâncias não poderá **ultrapassar** o limite mínimo previsto para a terceira fase da dosimetria, sob pena de se equiparar as circunstâncias agravantes às causas especiais de aumento, ferindo-se o critério trifásico (**Precedentes**).

III - É inviável a incidência da atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 65, inciso I, alínea "d", do CP, se o agente não reconheceu a prática do crime a ele imputado.

IV - Não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, se expressamente reconhecido na r. sentença condenatória que o paciente dedica-se à atividade criminosa. Destarte, tais afirmações só poderiam ser infirmadas a partir de análise profunda do material probatório, medida incabível na via do **writ** (**Precedentes**).

V - Ausentes os requisitos, não incide a redução de pena constante do art. 41 da Lei n.º 11.343/06. Na espécie, o paciente não contribui com a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime.

Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 18 de março de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.408 - SP (2009/0200548-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado pela Defensoria Pública Estadual em benefício de ELISEU CANDIDO DA SILVA em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/06 à pena de **06 (seis) anos de reclusão**, em regime inicial fechado, e de **600 (seiscentos) dias-multa**.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. A c. Primeira Câmara Criminal do e. Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento ao reclamo.

Daí o presente **mandamus** no qual o impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal no seu **status libertatis**. Alega, para tanto, que processos em curso foram reconhecidos a título de reincidência. Ademais, defende que o aumento da reprimenda em razão da aludida agravante apresentou-se excessivo. Em seguida, argumenta que, embora a confissão espontânea do paciente tenha embasado o édito condenatório, esta circunstância não atenuou a reprimenda imposta. Afirma, ainda, que incide ao caso a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Por fim, entende que o paciente faz jus à benesse tratada pelo art. 41, da legislação em comento.

Informações prestadas às fls. 54/55.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 82/85, manifestou-se pela **denegação da ordem**, em parecer assim ementado:

""HABEAS CORPUS. I.- REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO: CP, ART. 63. II - PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 111. - CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA: LEI 11.343/06, ART. 33, § 4º. INAPLICAÇÃO.

1. A reincidência pressupõe sentença condenatória transitada em julgado por prática de crime antecedente. Configura-se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência quando o novo crime é praticado após sentença condenatória irrecorrível e não tenha ocorrido a hipótese do art. 64, I, do Código Penal.

2. *"A agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea, não podendo, especialmente diante das particularidades do caso em questão, gerar a diminuição da pena ou a compensação."*

3. *A Lei nº 11.343/2006 conferiu tratamento diferenciado para o pequeno traficante, para o qual fixou a aplicação de causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º) quando o agente for primário e de bons antecedentes. Não contemplou o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 as figuras do traficante de grande porte ou o **traficante profissional**, corno forma de não atribuir tratamento igual à situações distintas.*

4. *Parecer pela denegação da ordem." (Fl. 82).*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.408 - SP (2009/0200548-5)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 33, **CAPUT**, DA LEI N.º 11.343/06. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. REINCIDÊNCIA. **QUANTUM** DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

I - O **habeas corpus**, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas das sustentações feitas já que não se admite dilação probatória (**Precedentes**). **In casu**, não há qualquer documento que comprove que a reincidência levada em consideração pelo órgão julgador na segunda fase da dosimetria decorre de processos em andamento.

II - Embora os percentuais relacionados às agravantes não encontrem limites expressos no Código Penal, a exacerbação da reprimenda em razão destas circunstâncias não poderá **ultrapassar** o limite mínimo previsto para a terceira fase da dosimetria, sob pena de se equiparar as circunstâncias agravantes às causas especiais de aumento, ferindo-se o critério trifásico (**Precedentes**).

III - É inviável a incidência da atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 65, inciso I, alínea "d", do CP, se o agente não reconheceu a prática do crime a ele imputado.

IV - Não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, se expressamente reconhecido na r. sentença condenatória que o paciente dedica-se à atividade criminosa. Destarte, tais afirmações só poderiam ser infirmadas a partir de análise profunda do material probatório, medida incabível na via do **writ** (**Precedentes**).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - Ausentes os requisitos, não incide a redução de pena constante do art. 41 da Lei n.º 11.343/06. Na espécie, o paciente não contribui com a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime.

Ordem parcialmente concedida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Nas razões do presente **mandamus**, a impetrante requer: **a)** o decote da agravante da reincidência ou, subsidiariamente, a redução do patamar aplicado em função desta circunstância; **b)** a incidência da atenuante prevista pelo art. 65, inciso III, alínea **d** do Código Penal; **c)** o reconhecimento da causa especial de diminuição tratado no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06 e **d)** a redução da pena em função da admissão da delação premiada.

No que concerne ao **primeiro tópico** - consideração de processos em curso como reincidência ou redução do **quantum** aplicado em função desta circunstância - a súplica prospera em parte.

Ab initio, cumpre esclarecer que **não há** qualquer documento que comprove que a reincidência **considerada** pelo órgão julgador decorre de processos em andamento. Por outro prisma, o **habeas corpus**, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas das sustentações feitas já que não se admite dilação probatória. Dessa forma, caberia à impetrante comprovar suas alegações de pronto.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RECEBIDO COMO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ART. 168-A, § 1, INCISO I, NA FORMA DO ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 9, § 2º DA LEI Nº 10.684/2003. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DADOS QUE COMPROVEM QUE A SOCIEDADE EMPRESÁRIA RELACIONADA COM O RECORRENTE TENHA QUITADO INTEGRALMENTE OS SEUS DÉBITOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - O remédio heróico do habeas corpus, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas das sustentações feitas já que não se admite dilação probatória. (Precedentes). In casu, não há elementos suficientes capazes de demonstrar a pretensão aduzida.

Recurso desprovido".

(RHC 21095/PR, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 18/06/2007).

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVOS CONCRETOS NÃO-APONTADOS. MAUS-ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A INFIRMÁ-LOS. CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

(...)

Se o impetrante não trouxe nenhum meio apto a infirmar a existência de maus antecedentes, a alegação não pode ser acolhida, pois o habeas corpus exige que todas as provas sejam pré-constituídas.

As consequências do crime podem ser consideradas de maneira negativa, pois é inegável que a perda definitiva dos bens e da documentação pela vítima importam em que as consequências do crime foram mais ofensivas do que se tivessem sido restituídos os objetos.

Ordem concedida, em parte, para reduzir a pena aplicada ao paciente".

(HC 64.937/DF, 6ª Turma, Rel. Ministro Paulo Medina, DJ de 26/02/2007).

Ademais, compulsando os autos, verifico que, ao contrário do que alega a impetrante, há condenação penal **definitiva** em desfavor do paciente pela prática do delito de furto qualificado, com trânsito em julgado para defesa em **24/10/2005**.

Não obstante, no que concerne ao **quantum** fixado a título de reincidência, verifico ilegalidade a ser sanada.

Embora os percentuais relacionados às circunstâncias previstas na **segunda fase** da dosimetria da pena não encontrem limites expressos no Código Penal, incumbindo ao órgão julgador a sua eleição, esse deverá pautar sua valoração pelos princípios da **razoabilidade** e da **proporcionalidade**.

Não poderá, assim, aplicar percentuais **equivalentes** aos limites previstos para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a **terceira fase** da dosimetria (1/6 a 2/3), referentes às **causas de diminuição e aumento da pena**, eis que as circunstâncias atenuantes e agravantes se apresentam **menos relevantes** que aquelas.

Por essa razão, é que tanto a jurisprudência quanto a doutrina pátrias orientam-se no sentido de que o aumento decorrente da agravante não poderá **ultrapassar** o limite mínimo da causa especial de aumento, qual seja, **1/6 (um sexto)**, sob pena de se equiparar estas circunstâncias às majorantes, ferindo-se o critério trifásico. Nesse sentido, ressalto o seguinte precedente desta Corte:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO DE PENA.

I - A agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do CP) não pode ser utilizada com excesso, a ponto de configurar majorante, sob pena de ferir o critério trifásico (Precedente).

II - Na hipótese dos autos não ficou demonstrada qualquer ilegalidade na exasperação da pena em 1 (um) ano face o reconhecimento da agravante genérica da reincidência.

Habeas corpus denegado.

(HC 141.949/DF, 5ª Turma, de minha relatoria, DJe de 07/12/2009).

Na espécie, ao reconhecer a agravante da **reincidência**, o juiz singular **exacerbou** a reprimenda em **1/5 (um quinto)**, **quantum** que se apresentou **desproporcional**, por **exceder** o limite mínimo da causa especial de aumento.

Sendo assim, reduzo à **1/6 (um sexto)** o **aumento** previsto para a agravante da reincidência, elevando a pena para **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**.

A respeito do **segundo tópico** - incidência da atenuante da confissão espontânea - a irresignação não merece acolhida.

Ao analisar os autos, constato que, ao contrário do que se alega, não houve confissão, sequer parcial, pelo paciente quanto à prática do delito de **tráfico de entorpecentes**.

Com efeito, restou consignado pelo juiz singular que o réu não admitiu a prática do ilícito penal. Por oportuno, transcrevo excerto da r. sentença condenatória, **verbis**:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Isto porque embora o réu tenha negado a propriedade da droga, as provas reunidas no processo demonstram o conhecimento do tráfico.

A apreensão da substância entorpecente em poder dele, embalada da mesma maneira daquela que foi apreendida após a revista, foi confirmada pelos policiais, que chegou a vender-lhes uma porção de maconha. Tais depoimentos, convergentes, seguros e isentos, têm valor probante.

Além do que, nada há nos autos a prestigiar a versão de inocência apresentada pelo réu.

A razoável quantidade e diversidade de drogas apreendidas, dinheiro resultante do comércio ilícito, aliados a indicação precisa do modo como se deu a apreensão e atuação do réu, como responsável pelo comércio da droga, tomam inafastável o reconhecimento do tráfico por ele realizado. Também restou claro que ao réu cumpria a venda da droga, por determinação de terceiros e que do resultado da venda de entorpecente havia no local.

Os depoimentos policiais, corroborados pelas demais provas realizadas (auto de exibição e apreensão, auto de constatação e laudo pericial já mencionados) tomam incontroversa a traficância. (FL. 58).

Assim, é inviável a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do CP se o acusado não confessou a autoria do crime.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME FALIMENTAR. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O egrégio Tribunal **a quo** asseverou que não restou evidente a intenção do Agravante de assumir os crimes, porque, em verdade, ele teria tentado se livrar das acusações com as explicações dadas em Juízo e suas teses foram posteriormente rechaçadas pela prova testemunhal e pericial.

2. Na verdade, o acolhimento das alegações formuladas pelo Agravante demandaria reexame de prova, o que é vedado em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Esta Corte possui entendimento de que fica inviabilizada a incidência da atenuante da confissão espontânea se evidenciado que o réu não reconheceu a existência da prática criminosa (REsp. 751.261/PR, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 29.06.07).

4. Agravo Regimental desprovido".

(AgRg 885452/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maia Filho, DJU de 05/05/2008).

Em relação ao **terceiro tópico**, - aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - a ordem, igualmente, não merece concessão.

Por oportuno, transcrevo o teor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, **verbis**:

*§ 4º Nos delitos definidos no **caput** e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

Na espécie, verifico que o juiz singular deixou de aplicar a causa de diminuição em debate em razão da **atuação do paciente no comércio do tráfico de entorpecentes** (fl. 59). Na mesma linha, corroborando com a assertiva de que o apenado dedica-se à organização criminosa, o e. Tribunal de origem entendeu que não houve o preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aludida benesse em razão da **reincidência específica** do paciente no **delito de tráfico**.

Por oportuno, confira-se excerto da r. sentença condenatória, **verbis**:

"A razoável quantidade e diversidade de drogas apreendidas, dinheiro resultante do comércio ilícito, aliados a indicação precisa do modo como se deu a apreensão e atuação do réu, como responsável pelo comércio da droga, tomam inafastável o reconhecimento do tráfico por ele realizado. Também restou claro que ao réu cumpria a venda da droga, por determinação de terceiros e que do resultado da venda de entorpecente havia no local." (FL. 58).

(...)

"Não existem outras circunstâncias agravantes e atenuantes a considerar. Não existem causas de aumento ou de diminuição de pena a aplicar. O réu foi detido em local público, trazendo consigo as substâncias apreendidas, divididas em porções, esclarecendo aos policiais que realizava o comércio delas, a mando de terceiros. Portanto, é evidente que se dedica a atividade criminosa. assim, não faz jus a qualquer redução de pena." (FL. 59).

E do v. acórdão objurgado:

"Anoto, por fim, que mencionada recidiva, específica em crime de tráfico, impede a aplicação do disposto no § 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06". (Fl. 71).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, pela leitura da fundamentação acima, nota-se que foi indicado elemento idôneo para afastar a incidência da minorante legal. É que, pelo que constou dos autos, as particularidades do caso evidenciaram que existe dedicação à atividade criminosa do tráfico, razão pela qual não é o paciente merecedor da benesse.

Confira-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA APLICADA: 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. ACÓRDÃO QUE RECONHECE QUE O PACIENTE PERTENCE A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06 PARA A DIMINUIÇÃO DA PENA. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Para fins de obtenção da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, exige-se que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em penas restritivas de direito.

2. **Na hipótese dos autos, o egrégio Tribunal a quo reconheceu que o paciente é integrante de organização criminosa, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06.**

3. A alteração dessa conclusão, a fim de verificar se o paciente faz parte ou não de organização criminosa, enseja, necessariamente, reexame de circunstâncias fáticas, que, **in casu**, não estão evidentes, impedindo a análise por meio da via exígua do **Habeas Corpus**.

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada."

(HC 106.831/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 02/03/2009).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, ele não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente à vedação de se dedicar a atividade criminosa, pois restou evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade da substância entorpecente apreendida e pelo fato de ser o paciente gerente da narcotraficância. Precedentes do STJ.

3. "A apelação em liberdade prevista no art. 59 da Lei 11.343/2006 pressupõe a cumulação dos pressupostos da primariedade e da inexistência de antecedentes com o fato de ter o réu respondido em liberdade à ação penal, tanto pela inocorrência de prisão oriunda de flagrante delito quanto pela inexistência de decreto de prisão preventiva". (HC-AgR 94.521/SP, Rel Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ de 1º/8/08).

4. Ao paciente que permaneceu preso preventivamente durante toda a instrução criminal não assiste o direito de apelar em liberdade, por se tratar de um dos efeitos da sentença condenatória a conservação do réu na prisão. Precedentes do STJ e do STF.

5. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o tráfico ilícito de entorpecentes constitui crime inafiançável.

6. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não-concessão de liberdade provisória sem fiança.

7. A Terceira Seção deste Tribunal firmou o entendimento no sentido de que a vedação imposta pelo art. 2º, II, da Lei 8.072/90 é fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória.

8. A Lei 11.343/06, expressamente, fez constar que o delito de tráfico de drogas é insuscetível de liberdade provisória.

9. Ordem denegada."

(HC 119.149/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 02/02/2009).

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 01/12/2008).

Portanto, é inviável a aplicação da minorante em referência se reconhecido expressamente que o paciente dedica-se à atividade criminosa, o que somente a partir da análise profunda do material probatório poderia ser infirmado, medida incabível na via de cognição estrita do **habeas corpus**.

Neste sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICO). CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITO. MATÉRIA JÁ EXAMINADA POR ESTA CORTE. REITERAÇÃO DE PEDIDO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE, DIANTE DA NECESSIDADE DE PROFUNDO EXAME DO MATERIAL PROBATÓRIO.

I - O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos já foi analisado por esta Corte no habeas corpus nº 86.472/RS. Assim, trata-se de mera reiteração de pedido.

II - A aplicação da causa de diminuição da pena constante no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 somente é possível, em sede de habeas corpus, quando não demanda exame de prova (HC 81.781/SP, 5ª Turma, Relª. Minª. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJU de 17/09/2007). Na hipótese dos autos, restou afirmado tanto na r. sentença penal condenatória, como no v. acórdão, entre outras, que o paciente "se dedicava à atividade criminosa, fazendo do comércio de drogas seu meio de vida", o que somente a partir da análise profunda do material probatório poderia ser infirmado, o que à toda evidência, é medida incabível na via de cognição estrita do habeas corpus.

Habeas corpus parcialmente conhecido e, neste ponto, denegado."

(HC 88407/RS, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJe de 17/03/2008).

Por fim, quanto ao **quarto e último tópico** - reconhecimento da delação premiada -, a súplica não merece acolhida.

Nos termos do art. 41 da Lei de Tóxicos, para o acusado obter a redução da pena em função da delação premiada, é necessária sua colaboração voluntária e efetiva durante a **persecutio criminis**, no sentido de fornecer informações capazes de **identificar os demais coautores ou partícipes do delito e recuperar o produto da ação criminosa**.

Quanto aos requisitos necessários ao reconhecimento da contribuição premiada, esclarece **Luís Flávio Gomes** (in "Nova Lei de Drogas Comentada", Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 89):

"Não é qualquer colaboração do agente que lhe vai permitir a premiação prometida (redução da pena de um a dois terços). As suas informações devem se dirigir: (a) à identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e (b) à recuperação total ou parcial do produto do crime. A Lei exige, na verdade, uma dupla colaboração (sempre que possível): (a) delação dos demais participantes do delito e (b) recuperação do produto do crime. Na prática, sabemos, poucas são as delações, por falta de proteção ao delator"

Na espécie, embora o paciente tenha indicado aos policiais onde se encontravam os entorpecentes comercializados por ele (fl. 57), **não colaborou na identificação dos demais participantes do tráfico**, razão pela qual não merece usufruir da redução de pena prevista pela legislação extravagante. Frise-se que o órgão julgador, ao proferir o édito condenatório, esclareceu que o deslinde do feito revelou claramente que o paciente agia por **determinação de terceiros** (fl. 58).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem tão-somente para redimensionar a reprimenda imposta ao paciente em **04 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, mantido, no mais, o v. acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0200548-5
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 12231093 6612007 993080454116

HC 150408 / SP

EM MESA

JULGADO: 18/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BEATRIZ SUTTI FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELISEU CANDIDO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 18 de março de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário