



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.769 - SP (2010/0182256-8)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : MARCOS ROBERTO RODRIGUES MENDONÇA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : AMINA KEITA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. **1.** PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA POBREZA DA PACIENTE COMO ATENUANTE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE **A QUO**. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **2.** PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ILEGALIDADE AUSENTE. **3.** ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PATAMAR DE REDUÇÃO RAZOÁVEL (UM SEXTO). **4.** INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI Nº 11.343/2006. PRESCINDIBILIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. **5.** APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO (UM TERÇO). NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. **6.** RECONHECIMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME, NADA OBSTANTE A REDUÇÃO OPERADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. **7.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DESCABIMENTO. **8.** ORDEM DENEGADA.

1. Não havendo manifestação do Tribunal local sobre uma das teses suscitadas na impetração, não está autorizada essa Corte Superior a se manifestar originariamente sobre a matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado no que diz respeito à fixação da pena-base 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, se ela foi estabelecida levando em consideração a quantidade e a natureza da droga apreendida, vale dizer, 4.950 g (quatro mil, novecentos e cinquenta gramas) de cocaína, porquanto observados os ditames do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006.

3. O Código Penal não prevê, para as atenuantes, percentuais mínimo e máximo de redução. Exige-se do julgador não mais que a observância dos ditames da proporcionalidade e razoabilidade, além do respeito aos limites abstratamente cominados pelo legislador para o delito, tal qual efetivado pelo Tribunal **a quo**, que estipulou a fração de 1/6 (um sexto).

4. Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, basta que as circunstâncias do fato evidenciem a transnacionalidade do delito, prescindindo-se da efetiva transposição das fronteiras nacionais, já que não há qualquer menção a esse requisito no tipo penal.

5. À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 c/c art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do delito, a natureza e a quantidade de droga apreendida autorizam a aplicação do benefício inserido no art. 33, § 4º, do citado diploma legal, em patamar diverso do máximo de 2/3 (dois terços).

6. A circunstância de ter sido aplicado o redutor de penas previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 não descaracteriza a equiparação à hediondez do delito de tráfico de entorpecentes.

7. Mantida a pena definitiva da paciente em patamar superior a 4 anos, ela não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento do requisito previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Ordem denegada.

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, denegar a ordem.

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

Brasília (DF), 22 de maio de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.769 - SP (2010/0182256-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Amina Keita, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Colhe-se dos autos que a paciente fora condenada pela prática de tráfico de entorpecentes (art. 33, caput, c/c art. 40, I, da Lei nº11.343/2006) à pena de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 431 (quatrocentos e trinta e um) dias-multa, vedada a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito.

No presente **writ**, a impetrante pleiteia, em síntese: a) a fixação da pena-base no mínimo legal, pois entende que a qualidade e quantidade de entorpecentes apreendidos estariam dentro dos padrões de normalidade para o crime de tráfico; b) aumento da redução decorrente do reconhecimento da confissão espontânea; c) o afastamento da causa de aumento de pena correspondente à transnacionalidade do delito, pois, conforme argumenta, houve mera tentativa de transportar a droga para o exterior; d) fixação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo previsto em abstrato; e) o reconhecimento da pobreza da agente como atenuante; f) o afastamento da hediondez do delito; e g) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 447).

Informações dispensadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 455/460).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.769 - SP (2010/0182256-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Busca-se, com a presente impetração, a redução da pena aplicada à paciente, o afastamento da hediondez do crime de tráfico de entorpecentes e a substituição da pena privativa de liberdade imposta pelas instâncias ordinárias.

No que diz respeito à dosimetria da pena, assim dispôs o acórdão ora impugnado (fls. 432/433):

Atento ao disposto no art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06, o Juízo a quo fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão.

Não vislumbrando a existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, majorou a pena em 1/6 (um sexto) pela transnacionalidade do crime, para 07 anos de reclusão e aplicou a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, diminuindo a pena na fração de 1/3 (um terço), obtendo a sanção penal definitiva de 04 anos e 08 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Quanto à pena de multa, aplicou os mesmos critérios e fundamentos utilizados para a pena corporal, fixando-a definitivamente em 466 dias-multa, cujo valor unitário foi fixado no mínimo legal.

Prospera em parte o pedido de acusação e o da defesa, objetivando a revisão da reprimenda penal.

Fixo a pena-base em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. Considero, para tanto, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga (4.950g) apreendida em poder da ré.

Na segunda fase da dosagem da pena, deve ser provida a pretensão defensiva para que incida a circunstância atenuante genérica da confissão.

A ré admitiu a prática delitiva em Juízo. Ademais, são irrelevantes os motivos pelos quais o agente teria sido levado a confessar o delito perante a autoridade para fazer jus à incidência da atenuante genérica. Assim, pouco importa que o acusado tenha sido preso em flagrante, bastando o reconhecimento da prática do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), resultando a pena de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa.

Não assiste ao Ministério Público Federal ao pugnar pelo afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Ao contrário do que alega a acusação, trata-se de ré primária, sem registro de antecedentes criminais, não havendo, outrossim, nenhum elemento de prova de que integra organização criminoso ou de que se dedica a atividades criminosas. Assim, aplico o § 4º do art. 33 em 1/3 (um terço) e reduzo a pena para 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 13 (treze) dias de reclusão e 370 (trezentos e setenta) dias-multa. Considero a fração razoável em face do deslocamento da ré para adquirir a droga a ser transportada para o exterior.

*A pretensão da Defesa de que não incida a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/06, para que não ocorra **bis in idem**, pois à apelante já foi imputada a conduta de exportar entorpecente, não merece acolhimento. O crime do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 é de ação múltipla ou variada e à acusada foram imputados os fatos de trazer consigo e transportar certa quantidade de cocaína, para fins de remessa ao exterior e não a conduta de exportar, pelo que plenamente viável a incidência da majorante representada pela internacionalidade do tráfico.*

Observo que, na terceira fase da resposta penal, o aumento da pena pela transnacionalidade do crime não deve ultrapassar o mínimo legal de 1/6 (um sexto), não merecendo, neste tópico, reparo a sentença de primeiro grau. A internacionalidade do delito restou configurada de forma ordinária, não se evidenciando circunstâncias do delito que reclamassem o recrudesimento da causa de aumento em questão. Fixo a pena, assim, em 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 431 (quatrocentos e trinta e um) dias-multa, que torno definitiva.

Como adiantado no relatório, a impetração suscita diversas teses no que concerne ao pleito de redução da reprimenda aplicada pelas instâncias ordinárias. Entre elas, encontra-se a proposição de que a pobreza da agente deve ser considerada como atenuante.

Entretanto, deduz-se do excerto acima transcrito que o Tribunal de origem não se manifestou sobre o tema, impedindo, assim, o conhecimento da matéria por esta Corte, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. COEXISTÊNCIA DE HABEAS CORPUS E DE APELAÇÃO NA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORTE ESTADUAL. QUESTÕES DO WRIT NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...).

2 - Inexistindo pronunciamento da Corte Estadual sobre a questão, fica este Tribunal Superior impedido de se manifestar sobre o tema sob pena de indevida supressão de instância.

(...).

(HC n.º 97.231/RJ, Relator o Desembargador Convocado HAROLDO RODRIGUES, DJe de 25/4/2011.)

Desta feita, o presente **writ** deve ser parcialmente conhecido, pelo que passo a analisar as demais alegações constantes da inicial do **habeas corpus**.

Quanto ao pedido de fixação da pena-base no mínimo legal, tenho que o **decisum** impugnado não está eivado de ilegalidade patente. Com efeito, observa-se que a pena-base da paciente foi elevada em 1/3 (um terço) devido a natureza e quantidade de entorpecente apreendido [4.950 g (quatro mil, novecentos e cinquenta gramas) de cocaína], fatores que, de acordo com o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico de entorpecentes.

Portanto, não há de se acoimar de flagrantemente ilegal o entendimento estabelecido na origem ao aumentar a sanção básica, havendo fundamentação concreta para tanto, porquanto observadas as diretivas imposta pela norma penal para o estabelecimento da reprimenda, sendo defeso, na estreita via cognitiva do **writ**, o exercício de novo juízo de reprovabilidade da conduta, conforme já se decidiu:

*Não se presta o **habeas corpus** para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente" (STF - Habeas Corpus, 94.655, relatora a Ministra CÂRMEN LÚCIA, DJe. 19/8/2008)*

*O **habeas corpus** não pode ser utilizado como forma de se verificar qual a pena adequada para os delitos pelo qual o paciente foi condenado, uma vez que representaria um novo juízo de reprovabilidade (STF - Habeas Corpus 102.487, relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 1/6/2010).*

No que se refere ao percentual de redução pela confissão espontânea, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cedição que o Código Penal não prevê, para as atenuantes, percentuais mínimo e máximo para serem utilizados. Exige-se do julgador não mais que a observância dos ditames da proporcionalidade e razoabilidade, além do respeito aos limites abstratamente cominados pelo legislador para o delito.

Considerando-se que há um certo subjetivismo, natural da atividade jurisdicional ordinária, na fixação da atenuante, não se revela desarrazoada a utilização de um redutor consentâneo com o caso concreto, tal qual efetivado pelo Tribunal **a quo**, que estipulou a fração de um sexto, cabendo ressaltar que a confissão, consoante a sentença, não forneceu elementos de identificação dos demais envolvidos no crime (fl. 238).

Sobre o tema, cita-se os seguintes julgados dessa Corte.

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. ACRÉSCIMO DA PENA-BASE. MOTIVO DO CRIME. QUESTÕES INERENTES AO PRÓPRIO TIPO. MAUS ANTECEDENTES. COMPROVAÇÃO. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NA DATA DA SENTENÇA. CRIME ANTERIOR. ATENUANTES GENÉRICAS. QUANTUM DE REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Hipótese em que o magistrado de primeiro grau considerou como desfavoráveis ao paciente duas das circunstâncias judiciais (antecedentes e motivos). As assertivas de "culpabilidade normal ao tipo" e de que o "comportamento da vítima não contribuiu para a prática do crime" não indicam um juízo de valor reprovativo, que tenha influído na dosagem da pena.

2. Se o Juiz entendeu, no tocante ao motivo, que "não favorece ao acusado, evidenciando-se o ganho fácil e desonesto", é evidente a ilegalidade. Tais questões são inerentes ao próprio delito de furto, não servindo para justificar o acréscimo da pena-base.

3. Configuram-se os maus antecedentes se, na data da sentença, o paciente possuía condenação definitiva por delito anterior. A exigência de que o trânsito em julgado preceda o cometimento do crime atual é para a caracterização da reincidência. **In casu**, restaram comprovados os antecedentes.

4. O **quantum** de redução pela circunstância atenuante deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena. Hipótese em que a redução de 1 mês para cada atenuante mostrou-se razoável, considerando a pena imposta.

5. **Habeas corpus** parcialmente concedido reduzir a reprimenda para 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão (HC 112.789/MG, Relator a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 3/10/2011).

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE NA VERIFICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NÃO OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PATAMAR RAZOÁVEL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA TENTATIVA. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO PARÂMETRO ESTABELECIDO NO ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não obstante a constatação de algumas impropriedades na análise das circunstâncias judiciais, verifica-se que o quantum de aumento na fixação da pena-base se revela proporcional e fundamentado, considerando-se que a pena abstratamente prevista para o delito em questão é a de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

2. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de diminuição da pena a serem aplicados em razão de circunstâncias atenuantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais. Precedentes.

3. Nos termos do art. 109, inciso II, c.c. o art. 110, §§ 1.º e 2.º, ambos do Código Penal (com redação anterior à Lei n.º 12.234/2010), a prescrição regula-se pela pena em concreto, sendo o prazo prescricional de 16 anos se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze anos. No caso dos autos, o Paciente foi condenado à pena de 11 (onze) anos de reclusão, aplicando-lhe, portanto, o prazo prescricional mencionado.

4. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva (HC 174.670/MS, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe 1/9/2011).

Em relação a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, cabe ressaltar que, para sua incidência, basta que as circunstâncias do fato evidenciem a transnacionalidade do delito. Com efeito, a dicção do referido dispositivo legal é clara nesse sentido, prescindindo-se, portanto, da efetiva transposição das fronteiras nacionais, já que não há qualquer menção a esse requisito no tipo penal. Nessa tessitura, enuncia-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 557, § 1.º-A, DO CPC C.C. ART. 3.º DO CPP. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INTERESTADUALIDADE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/2006. PRESCINDÍVEL A EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. CONFISSÃO DO AGENTE. TRANSPORTE DE MAIS DE 08 (OITO) TONELADAS DE MACONHA DISFARÇADAS EM SACOS DE AVEIA. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...).

2. Segundo reiterados julgados da Quinta Turma desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006 é prescindível a efetiva transposição das fronteiras do Estado, sendo suficiente a existência de elementos que evidenciem a destinação final da droga para fora dos limites estaduais.

(...).

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.223.831/MS, Relator a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 13/2/2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. TRANSPOSIÇÃO DO TERRITÓRIO NACIONAL. DESNECESSIDADE. ELEMENTOS CONCRETOS QUE EVIDENCIAM A INTENÇÃO DO AGENTE DE REMETER O ENTORPECENTE PARA O EXTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. É pacífico nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a caracterização da transnacionalidade do tráfico de entorpecentes prescinde da transposição de fronteiras do objeto material do ilícito, bastando que as circunstâncias que gravitam em torno da execução do crime indiquem que a droga seria destinada para local situado fora dos limites territoriais nacionais. Precedentes.

2. Ordem denegada. (HC 188.857/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 19/12/2011).

Portanto, tenho por correto o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias, porquanto a conjuntura em que cometido o delito evidencia, **in casu**, a intenção de transferência da droga envolvendo mais de um país. É o que se depreende do seguinte trecho do acórdão ora impugnado (fl. 432):

A internacionalidade do delito de tráfico de entorpecentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restou configurada, dado que a ré, estrangeira, foi presa no Aeroporto Internacional de Guarulhos, pouco antes de embarcar em voo para o exterior, trazendo consigo, oculta no revestimento de uma mala significativa quantidade de substância entorpecente. Acrescente-se que foram apreendidos com ré um passaporte (fls. 157), cartão de embarque em seu nome, bem como ticket de bagagem da empresa aérea Ibéria (fls. 11/13); auto de apreensão - fls. 08), tudo a denotar a feição transnacional do tráfico de drogas.

No que se refere ao percentual de redução decorrente da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, cumpre transcrever escólio de Guilherme de Souza Nucci:

Critérios para a diminuição da pena: o legislador não estipulou quais seriam, apenas mencionado dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. cremos que, como sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: "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" (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pág. 372).

Posto isso, não há de se acoimar de flagrantemente ilegal o entendimento estabelecido na origem, porquanto explicitada, no acórdão e na sentença impugnados, as razões para a escolha do percentual ideal de redução, com alusão a fatos extraídos dos autos e com base nos ditames estatuídos pelos artigos 42 e 59 do Código Penal.

Com efeito, as instâncias ordinárias deixaram de operar a redução máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, especialmente, devido às circunstâncias do delito, merecendo destaque o papel que a paciente exerceu na comunhão de esforços criminosos para distribuição de droga, além da natureza e quantidade de entorpecente apreendido, fator que, como visto, é preponderante para a fixação das penas no tráfico de entorpecentes, de acordo com o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006.

Confira-se, a propósito, excerto da sentença (fl. 244):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, à luz das peculiaridades do caso concreto, considero razoável aplicar à espécie a benesse do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 apenas na fração de 1/3 (um terço), o que faço convencido de que se é certo que a norma veio para beneficiar o traficante eventual - conceito aplicável à acusada - não se pode agraciar a ré com a redução máxima à luz do papel que ela aceitou desempenhar na comunhão de esforços criminosos para distribuição de droga mundo afora. É dizer: quanto maior a colaboração do agente para o sucesso do espório negócio de distribuição e venda de entorpecentes, maior deverá ser sua pena, razão pela qual não é a acusada merecedora da diminuição da pena em seu patamar máximo, pois não serviu como mera distribuidora varejista de pequenas quantidades de entorpecente para alguns poucos usuários, mas sim como intermediário transportador de vultuosa partida de cocaína, indicativo claro de que seu ilícito em muito colaboraria para os negócios do bando proprietário da droga.

Rememora-se, por oportuno, o que se consignou no acórdão a respeito do tema (fl. 433):

Ao contrário do que alega a acusação, trata-se de ré primária, sem registro de antecedentes criminais, não havendo, outrossim, nenhum elemento de prova de que integra organização criminosa ou de que se dedica às atividades criminosas. Assim, aplico o § 4º do art. 33 em 1/3 (um terço) e reduzo a pena para 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 13 (treze) dias de reclusão e 370 (trezentos e setenta) dias-multa. Considero a fração razoável em face do deslocamento da ré para adquirir a droga a ser transportada para o exterior.

A corroborar esse entendimento, sobretudo no que se refere à utilização da quantidade de droga apreendida como vetor para a fixação do percentual da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, colhem-se os seguintes precedentes:

PENAL. TRÁFICO. PRETENSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. REQUISITOS DA PRISÃO. TEMA PREJUDICADO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO EM RELAÇÃO AO PACIENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO DE 1/6. PRETENSÃO PELO MÁXIMO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Uma vez tendo a condenação transitada em julgado no tocante ao paciente, resta prejudicada a pretensão de revogação da prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelar.

2. Concretamente fundamentada em um sexto a diminuição da pena, na terceira fase da dosimetria, dada a apreensão de grande quantidade de droga (mais de 290 gramas de maconha), não há ilegalidade

manifesta a sanar, demandando revolvimento fático-probatório a imposição de um outro percentual de redução. Precedentes desta Corte

e do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus *em parte prejudicado e, no mais, denegado.*

(HC 155.729/SC, Relatora a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 30/4/2012).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO 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. Não há ilegalidade na escolha do redutor no patamar de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza e a quantidade de substância entorpecente apreendida com o paciente e o fato de ter incidido a majorante referente ao crime ter sido praticado próximo a estabelecimento de ensino.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 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.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE EXAME PELA CORTE ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESSE PONTO.

1. A questão da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não ter sido debatida pelo Tribunal de origem, não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

220.833/SP, Relator o Ministro JORGE MUSSI, DJe 10/2/2012).

Ultrapassada a insurgência relativa à dosimetria da pena efetivada pelas instâncias ordinárias, passa-se à apreciação da pretensão de afastamento da hediondez do delito denominado tráfico privilegiado.

O tráfico de entorpecentes é, nos termos do art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal, equiparado a crimes hediondos, assim definidos na Lei nº 8.072/90, sujeitando-se ao tratamento dispensado a tais delitos.

As circunstâncias que criam privilégios a determinado crime, da mesma forma que as qualificadoras, só constituem verdadeiros tipos penais quando contiverem preceitos primário e secundário, com novos limites mínimo e máximo para a pena em abstrato.

Por sua vez, as causas de aumento ou diminuição estabelecem somente uma variação, a partir de quantidade fixas (metade, dobro, triplo) ou frações de aumento ou redução (1/6 a 2/3, por exemplo).

Assim, a incidência de causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do delito, não sendo apta a afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

A - HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 ("TRÁFICO PRIVILEGIADO"). AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPROCEDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NOVO TIPO PENAL. INADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRAZOS PREVISTOS PARA OS CRIMES COMUNS. ORDEM DENEGADA.

*1. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não é suficiente para provocar o afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no **caput** do mesmo*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo, não sendo, portanto, o "tráfico privilegiado" tipo autônomo. Assim, em casos tais, não podem ser considerados - como requisito objetivo para a obtenção de benefícios da execução penal - os prazos estabelecidos para os crimes comuns.

2. Se o tráfico de drogas (ilícito penal assemelhado a hediondo) foi praticado na vigência da Lei nº 11.464/2007, devem incidir os lapsos temporais de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime, bem como o prazo disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006 para o livramento condicional.

3. Ordem denegada.

(HC nº 219.960/MS, Relator o Ministro **VASCO DELLA GIUSTINA** (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), DJe de 5/12/2011.)

B - EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. CASO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do réu primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como delito equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma.

2. Porque evidenciada a hediondez da figura insculpida no § 4º do art. 33 da Nova Lei de Drogas, não se aplica os prazos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal e art. 83, V, do Código Penal, para fins de progressão carcerária e livramento condicional.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp nº 1.208.524/MS, Relator Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 26/8/2011.)

C - PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ. RECURSO PROVIDO.

I. O tráfico de drogas, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), é considerado figura típica equiparada aos crimes hediondos definidos em lei, sujeitando-se, por consequência, ao tratamento dispensado a tais delitos, sendo que a Lei nº 8.072/90 não fez qualquer ressalva em sentido contrário.

II. A incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime. Precedentes.

III. Recurso que deve ser provido para cassar o acórdão recorrido e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restabelecer a sentença monocrática, a qual indeferiu a progressão de regime prisional por não preenchimento do requisito temporal.

IV. Recurso provido, nos termos do voto do relator.

*(REsp nº 1.248.855/MS, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe de 1/8/2011)*

Por fim, cabe ressaltar que a paciente não faz jus a substituição da pena privativa de liberdade, ante o **quantum** de pena a ela aplicado, porque não preenchido o requisito previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0182256-8

HC 186.769 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200961190041874 41879020094036119

EM MESA

JULGADO: 22/05/2012

Relator

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

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO : MARCOS ROBERTO RODRIGUES MENDONÇA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

PACIENTE : AMINA KEITA

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, denegou a ordem."

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