



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.800 - RS (2010/0047664-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : TATIANA VIZZOTTO BORSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ISRAEL DA SILVA FAVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MOTIVADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, sobretudo em razão da grande quantidade e da natureza da droga apreendida – mais de 21 Kg de "cocaína" –, bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o Paciente era *"integrante ativo de organização criminosa com grande potencial lesivo"*.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

4. No caso, não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.

5. Não é possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias no sentido de que o ora Paciente integraria organização criminosa, pois, para tanto, seria necessário proceder a um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do *writ*. Precedentes.

6. 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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 1º de março de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.800 - RS (2010/0047664-3)

IMPETRANTE : TATIANA VIZZOTTO BORSA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ISRAEL DA SILVA FAVA (PRESO)
RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ISRAEL DA SILVA FAVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Narra a Impetrante que o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput* e 35, *caput* c.c. o art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 12 (doze) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e 1.800 (mil e oitocentos) dias-multa.

Inconformado, interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido pela Corte de origem, para absolver o Paciente do crime tipificado no art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, mantida a condenação pelo delito do art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso V, ambos da Lei de Tóxicos, às penas de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e 800 (oitocentos) dias-multa.

Nas presentes razões, sustenta, em suma, a existência de ilegalidade na dosimetria da pena, afirmando, para tanto, que a pena-base foi indevidamente fixada acima do mínimo legal, uma vez que são favoráveis ao Paciente todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Ademais, o Paciente faz jus à aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Requer, portanto, em liminar e no mérito, o redimensionamento da pena imposta ao Paciente.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 1.303/1.304.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 1.310/1.316, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.800 - RS (2010/0047664-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MOTIVADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, sobretudo em razão da grande quantidade e da natureza da droga apreendida – mais de 21 Kg de "cocaína" –, bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o Paciente era *"integrante ativo de organização criminosa com grande potencial lesivo"*.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

3. Não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

4. No caso, não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.

5. Não é possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias no sentido de que o ora Paciente integraria organização criminosa, pois, para tanto, seria necessário proceder a um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do *writ*. Precedentes.

6. Ordem denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput* e 35, *caput* c.c. o art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 12 (doze) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e 1.800 (mil e oitocentos) dias-multa.

O Juízo sentenciante fixou a reprimenda do Paciente nos seguintes termos:

"PARA O RÉU ISRAEL DA SILVA FAVA:

1) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E DO ARTIGO 42 DA LEI N. 11.343/06: o réu Israel não registra antecedentes; sua conduta social foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abonada por testemunhas (fls. 330/333); nos autos não há elementos para aferir a sua personalidade, o que não lhe prejudica; os motivos não o desfavorecem; as circunstâncias serão apreciadas na próxima fase; não se conhecem as consequências; o comportamento da vítima foi irrelevante, porquanto é o próprio Estado, visto que a norma tutela a saúde pública; a natureza e a quantidade de entorpecentes merecem maior censura, porquanto esperava mais de 21 Kg de cocaína, droga altamente lesiva, a qual iria comercializar neste Estado; assim, a culpabilidade do réu, pessoa plenamente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta e de posicionar-se de modo diverso, integrante ativo de organização criminosa com grande potencial lesivo, apresenta-se como de média reprovabilidade.

Por isso, fixo a pena-base em sete anos de reclusão, para o delito do artigo 33, e três anos e seis meses, para o delito do artigo 35.

*2) CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS: presente o tráfico de drogas entre Estados – Foz do Iguaçu/PR e Canoas/RS – aumento as penas-base, respectivamente, em um ano e dois meses de reclusão e sete meses de reclusão, perfazendo cada uma oito anos e dois meses de reclusão e quatro anos e um mês de reclusão, as quais torno **definitivas** face à ausência de outras causas modificadoras, totalizando, pelo concurso material de delitos, **doze anos e três meses de reclusão**, a ser cumprida inicialmente no **regime fechado**, consoante artigo 2.º, § 2.º, da Lei n. 8.072/90, alterando pela Lei 11.464/07.*

*Aplico-lhe, ainda, a **pena pecuniária de oitocentos (800) dias-multa**, para o primeiro fato, e **um mil (1000) dias-multa**, para o segundo, o que totaliza **um mil e oitocentos dias-multa**, à razão de 1/30 do salário mínimo nacional vigente ao tempo do fato para cada dia-multa, com base nas circunstâncias judiciais e nas condições econômicas do acusado, tendo em conta o disposto no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei n. 11.343/06." (Fl. 879)*

Inconformada, a Defesa do Paciente interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido pela Corte de origem, para absolvê-lo do crime tipificado no art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, mantida a condenação pelo delito do art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso V, ambos da Lei de Tóxicos, às penas de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e 800 (oitocentos) dias-multa.

Confira-se, por oportuno, a fundamentação do acórdão hostilizado quanto à dosimetria da pena do ora Paciente:

"[...]

Examino agora a reprimenda imposta ao réu Israel pelo crime do art. 33, caput c/c art. 40, inc. V da Lei 11343/06. Como já havia referido no início do voto, não carece de fundamentação o exame feito dos vetores do art. 59 do CP, e para esse entendimento basta uma simples leitura da análise feita. Saliento, apenas, que a parte que toca ao crime do art. 35 caput da Lei 11343/06 foi desconsiderada em face da absolvição do réu neste grau de jurisdição.

[...]

Assim, considerando o correto exame que fez a magistrada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantenho os patamares das penas fixados na sentença a quo, ou seja, em 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 800 dias multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, pois efetivamente vem em desfavor do apelante além de sua culpabilidade, também a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido.

Saliento, que o aumento pela majorante do art. 40, inc. V da Lei 11343/06 foi fixado no mínimo legal, ou seja, em 1/6. Ainda, reconhecido o fato de que o réu era integrante ativo de organização criminosa, o que veio noticiado nos autos através da cópia da denúncia de fls. 404/562, impossível a aplicação da minorante do art. 33, § 4.º da Lei 11343/06." (Fls. 1.143/1.145)

No presente writ, busca-se, em suma, a fixação da pena-base do Paciente no patamar mínimo legal, bem como a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Ora, como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No caso, constata-se que a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal, sobretudo em razão da grande quantidade e da natureza da droga apreendida – mais de 21 Kg de "cocaína" –, bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o Paciente era *"integrante ativo de organização criminosa com grande potencial lesivo"*.

Como se vê, a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente justificada na sentença condenatória, uma vez que levou em consideração, para majorá-la, a quantidade e a natureza da substância entorpecente, além da culpabilidade do agente, circunstâncias que notoriamente extrapolam aquelas normais à espécie.

Ademais, nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, no crime de tráfico de drogas, a quantidade da substância entorpecente deve ser considerada na fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base, dado o maior grau de censurabilidade da conduta.

E, ainda, segundo o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância entorpecente devem ser consideradas, **com preponderância** sobre as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, no momento da fixação das penas.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE COAÇÃO ILEGAL DECORRENTE DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. AGENTE PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ORDEM DENEGADA.

1. As instâncias inferiores fixaram a pena-base acima do mínimo legal, em face da natureza e quantidade da droga apreendida, mais de quatro quilos de cocaína.

2. O artigo 42 da Lei de Tóxicos determina que a quantidade e natureza da droga devem preponderar sobre as circunstâncias judiciais, quando da fixação da pena-base e aplicação de redução de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006.

3. Coação ilegal não caracterizada.

4. Ordem denegada." (HC 146.757/RO, 6.ª Turma, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe de 04/04/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (17 KG DE MACONHA). DECISÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Na hipótese, o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal a quo, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, afirmou que a grande quantidade de droga apreendida (17 kg de maconha) trouxe maior grau de censurabilidade a conduta da Paciente, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentos válidos.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que a Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, considerando a dinâmica do fato delituoso, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

4. Ordem denegada." (HC 181.716/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/02/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. CULPABILIDADE INTENSA. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Mostra-se devidamente fundamentada a sentença condenatória que exasperou a pena-base por considerar desfavoráveis os antecedentes e a personalidade do paciente, haja vista a existência de vários registros criminais não impugnados na impetração.

2. **A grande quantidade de droga (18 kg de maconha) justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, destacando-se, inclusive, que tal circunstância, assim como a personalidade e a conduta social, prepondera sobre as demais previstas no art. 59 do Código Penal, a teor do art. 42 da Lei nº 11.343/06.**

3. Merece reparo o ponto da sentença que exacerbou a sanção, em razão da culpabilidade, com afirmações genéricas e abstratas relacionadas à gravidade do crime, não se referindo a qualquer peculiaridade do caso concreto, mas a circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal de tráfico de drogas.

4. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena imposta ao paciente a 8 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos), mantidos os demais termos da sentença e do acórdão." (HC 94.179/MS, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 29/03/2010; sem grifo no original.)

Desse modo, inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o *quantum* de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 417. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAR A MUNIÇÕES APREENDIDAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

1. A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n.º 417, convertida na Lei n.º 11.706/2008, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas e munição de uso restrito, como no caso dos autos, em que o Paciente foi flagrado na posse de munições de uso restrito, no dia 23 de setembro de 2006.

2. **Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do habeas corpus. Precedentes.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No caso, para exacerbação da pena acima do mínimo, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de origem consideraram como desfavoráveis as circunstâncias do crime, apontando elementos concretos para justificar a exasperação, quais sejam, a grande quantidade de acessórios e de munição de arma de fogo de uso restrito de diversos calibres e modelos, que formava um verdadeiro arsenal, utilizado para garantir a atividade de tráfico de drogas.

4. Ordem denegada." (HC 123.573/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 02/08/2010; sem grifo no original.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO EM DADOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. AFERIÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO. IMPOSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL. REGIME MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. MATÉRIA NÃO-ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. Não se observa violação aos arts. 59 e 68 do Código Penal quando há fundamentação em dados concretos para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da existência de maus antecedentes.

3. A legislação penal brasileira não prevê critérios objetivos para a fixação da pena-base.

4. O simples fato de existir apenas uma circunstância judicial desfavorável não impõe, necessariamente, que a reprimenda básica seja fixada próxima ao mínimo legal. A contrario sensu, a existência de diversas circunstâncias contrárias ao réu não implica a obrigatoriedade de aplicar a pena-base próxima ao patamar máximo.

5. Mostra-se incabível rever a extensão do aumento da pena-base, quando devidamente fundamentada, pois tal proceder implicaria aprofundada valoração do conjunto fático-probatório dos autos, providência inadmissível de ser realizada em sede de habeas corpus.

6. As circunstâncias avaliadas pelo juiz na fixação da sanção básica devem ser consideradas também na fixação do regime de cumprimento da reprimenda, razão por que inexistente constrangimento ilegal na aplicação de regime mais rigoroso, caso alguma das circunstâncias judiciais assim o recomende (art. 33, § 3º, do Código Penal).

7. Não tendo a controvérsia relativa ao reconhecimento da confissão espontânea sido objeto de debate e julgamento por parte do Tribunal de origem, o exame da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, ocasionaria indevida supressão de instância.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 131.765/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 03/08/2009; sem grifo no original.)

De outra parte, cumpre salientar que, nos termos do art. 33, § 4.^o, da Lei de Tóxicos, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso em apreço, conforme se constata das transcrições realizadas, verifica-se que o Tribunal de origem, apesar de absolver o ora Paciente pelo crime de associação para o tráfico, negou-lhe a aplicação da minorante pleiteada, por reconhecer ser o acusado "integrante ativo de organização criminosa".

Assim, o benefício foi negado ao Paciente mediante fundamentação idônea, restando justificada a não incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.^o, da Lei n.^o 11.343/2006.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4.^o, 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 § 4.^o 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.

2. No caso, não há como aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.^o 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, 6.^a Turma, Rel. Min HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), DJe de 25/10/2010; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DA DROGA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.^o, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

[...]

2. 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 e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. O Tribunal de origem destacou que a significativa quantidade de drogas e a evidência de que o paciente se dedicava à atividade criminosa impede a adoção do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que exige a cumulação dos requisitos exigidos no referido dispositivo legal.

[...]

5. Ordem denegada." (HC 162.212/GO, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 02/08/2010; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. INCIDÊNCIA RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É firme o entendimento desta Turma no sentido de que a causa de diminuição insculpida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pode incidir nos crimes cometidos ainda na vigência da lei anterior.

2. Contudo, na hipótese, o Juízo de primeiro grau concluiu que a paciente integrava organização criminosa voltada para o comércio de entorpecente, o que culminou com sua condenação pelo delito de associação para o tráfico, previsto, na época, no art. 14 da Lei nº 6.368/76.

3. Ordem denegada." (HC 127.639/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 07/06/2010; sem grifo no original.)

Ressalte-se, ademais, não ser possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias no sentido de que o ora Paciente integraria organização criminosa, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. **A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.**

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. *Ordem denegada.*" (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifo no original.)

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.

2. **Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.**

3. **A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.**

4. *Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver.*" (HC 90.350/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 14/04/2008; sem grifo no original.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0047664-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 165.800 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13632008

20800076627

70031100886

EM MESA

JULGADO: 01/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TATIANA VIZZOTTO BORSA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : ISRAEL DA SILVA FAVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico 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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.