



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.015 - MS (2009/0190881-2)

RELATOR : **MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**
IMPETRANTE : JADER ROBERTO DE FREITAS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : NORIVAL SOARES CAETANO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROCESSOS EM CURSOS. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DE PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (19 KG DE MACONHA). JUSTIFICATIVA IDÔNEA À CARACTERIZAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. REQUISITOS PRESENTES. REDUÇÃO PELA 1/2 EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A existência de condenações sem trânsito em julgado e referências a circunstâncias inerentes ao tipo penal não autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

2. A grande quantidade de substância entorpecente apreendida é circunstância judicial que justifica a majoração da pena-base.

3. Preenchidos os requisitos legais do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não-dedicação às atividades criminosas e não-integração à organização criminosa, o paciente faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena.

4. Na aferição do **quantum** de diminuição de pena a ser aplicado, devem ser consideradas a quantidade e a natureza da droga apreendida, a teor do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base do crime de tráfico de drogas a 6 anos de reclusão, e 600 dias-multa, e, aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diminuir em 1/2 (metade) a reprimenda imposta ao paciente, estabelecida a pena definitiva em 3 anos de reclusão, a serem descontados inicialmente no regime fechado, e 300 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Os Srs. Ministros Og Fernandes (voto-vista) e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.015 - MS (2009/0190881-2)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de habeas corpus impetrado em favor de Norival Soares Caetano, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 11 anos e 4 meses de reclusão, no regime fechado, e 700 dias-multa, como incurso no art. 33, **caput**, c/c o art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006.

Em sede de apelação criminal, foi dado parcial provimento ao recurso da defesa, reduzindo a reprimenda à pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA – CIÊNCIA DO TRANSPORTE DA DROGA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – ATENDIMENTO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL – AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/06 – NÃO-CARACTERIZAÇÃO DO TRÁFICO INTERESTADUAL – PEDIDO DE APLICAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06 – NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – ANTECEDENTES CRIMINAIS – PARCIALMENTE PROVIDO. Se o conjunto probatório deixa evidente que o agente estava ciente de que transportava droga em sua mochila, não há falar em absolvição do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06. Não há falar em redução da pena-base se o magistrado atendeu ao art. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06 para fixá-la. Se o agente não conseguiu atravessar a fronteira entre dois ou mais Estados, com a substância entorpecente, não há falar em aplicação do inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/06. Deixa-se de aplicar a causa de diminuição de pena trazida pelo art. 33, §4º, da nova Lei de Drogas nº 11.343/2006, se o agente possui antecedentes criminais." (fl. 56)

Busca a impetração seja a pena-base fixada no mínimo legal, bem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, no seu patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois terços).

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 65/68), opinou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.015 - MS (2009/0190881-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): No tocante à fixação da pena, disse o magistrado, no que interessa:

"Passo, pois, à dosimetria do apenamento.

Circunstâncias judiciais

Culpabilidade: tinha plenas possibilidades de agir em conformidade com a norma, sendo o delito perpetrado de máxima reprovação social.

Antecedentes: Que lhes são desfavoráveis (fls. 97/98).

Conduta social: desfavorável, já que é dado ao vício de drogas, fls. 23.

Personalidade: sem elementos.

Motivos: desabonatórios, já que um triste modo de ganhar a vida sem o esforço do trabalho honesto.

Circunstâncias: que lhe desfavorecem, já que foi razoável a quantidade da droga apreendida. Além disso, o tráfico se deu em transporte coletivo, sendo que a reação à abordagem policial - sempre possível nestes casos - exporia a risco um grande número de pessoas inocentes.

Consequências: inerentes.

Vítima :de incabível valoração, em vista do tipo.

Assim, considerando a reprovabilidade de cinco comemorativos do art. 59, fixo a pena-base em oito anos e seis meses de reclusão.

Circunstância acidentais/legais.

Não há circunstâncias atenuantes bem como agravantes a serem valoradas, tornando-a provisória em oito anos e seis meses de reclusão.

Causa de aumento ou diminuição

Reconheço, a causa de aumento prevista no Art. 40, inciso V da Lei 11.343/06, por ter sido caracterizada o tráfico entre estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal. Assim, com base nas circunstâncias judiciais já analisadas aumento a pena do réu em 1/3, elevando-a para onze anos e quatro meses de reclusão.

Regime

O regime é o inicialmente fechado, forte no art. 2º, §1º da Lei 8.072/90.

Substituições

Incabível o substituir do apenamento pelas novéis penas alternativas em face do regime de cumprimento imposto pela hediondez.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pena pecuniária

A pena de multa vai fixada em 700 dias-multa, porquanto em consonância com as circunstâncias do art. 59 do CP, à razão de um trigésimo do salário mínimo, forte nas parcas condições econômicas do réu.

Isso posto, julgo procedente a denúncia para o fim de condenar Norival Soares Caetano dando-o como incurso nas iras do art. 33, -caput-, c/c art. 40 da Lei 11.343/06, às penas de onze anos e quatro meses de reclusão, e 700 dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo, em regime inicialmente fechado.

Condeno-o, igualmente, no pagamento das custas processuais, suspensa sua execução, forte nas já referidas condições econômicas do réu.

Considerando que respondeu ao processo aprisionado, não tendo havido modificação na situação que portou ao decretar de sua segregação cautelar, subsistindo, pois, suficientes os motivos que o conduziu a esta situação (necessidade da prisão preventiva que remanesce presente), não poderá apelar em liberdade." (fls. 11/12)

O Tribunal de origem, por sua vez, asseverou:

"Pugna, ainda, o apelante pela redução da pena ao mínimo legal. No entanto, constata-se que possui várias circunstâncias judiciais desfavoráveis, dentre elas, a natureza e quantidade da droga (quase 19 kg de maconha), e a má-conduta social, visto que é usuário de drogas e possui antecedentes por furto (fls. 19, 96/98, 189), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06 (fls. 214/215). O magistrado possui discricionariedade, dentro dos limites legais, para fixar a pena em conformidade com sua finalidade, prevenção e repressão do crime. Assim, não há reparo a ser feito." (fl. 58)

Como visto, o magistrado sentenciante, na primeira fase de fixação da pena, reconheceu a existência de circunstâncias desfavoráveis ao paciente, valorando negativamente a **culpabilidade**, pois tinha plena possibilidade de agir em conformidade com a norma; os **antecedentes**, que seriam desfavoráveis; a **conduta social**, por ser viciado em drogas; os **motivos**, ganho fácil; e, ainda, as **circunstâncias** em que o crime foi praticado, considerando a quantidade da droga apreendida e o fato de que o tráfico se deu em transporte coletivo.

Ocorre que, apesar de a análise quanto aos antecedentes e as circunstâncias, tal como expostos, serem capazes de determinar o aumento da pena-base, as demais, na verdade, são inerentes ao próprio tipo penal de que se cuida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não passando, portanto, de impressões subjetivas do julgador, eis que desacompanhadas de elementos concretos e insuficientes para justificar a exacerbação no patamar aplicado.

Além do que, tanto o magistrado sentenciante quanto o Tribunal de origem, valoraram negativamente os antecedentes, sem apontar de forma concreta quais seriam esses antecedentes, sendo que os documentos juntados aos autos indicam tratar-se de inquéritos policiais e não de ações penais com trânsito em julgado, motivo pelo qual não podem ser utilizados na valoração desfavorável das circunstâncias judiciais, nos termos do enunciado nº 444 da Súmula desta Corte, **verbis**:

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

De outro lado, foram utilizadas, na avaliação negativa das circunstâncias judiciais, a grande quantidade da droga apreendida – aproximadamente 19 kg de maconha -, e o fato de que o tráfico se deu em transporte coletivo, cuja abordagem policial exporia a risco um grande número de pessoas, fundamentos idôneos que justificam a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo.

Nesse sentido:

A – “PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO PARA DEFINIR A QUANTIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

*I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (**Precedentes do STF e STJ**).*

*II - **In casu**, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, utilizando-se, entre outras, de expressões como: "culpabilidade majorada", "motivos injustificáveis" e "consequências graves ao próprio agente".*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a elevada exacerbação da reprimenda.

III - Por outro lado, não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59 do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, aptas a embasarem a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

IV - A grande quantidade de substância entorpecente apreendida é circunstância judicial que justifica o aumento da pena-base acima do mínimo legal (**Precedentes do STJ e do STF**).

V - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de **habeas corpus**.

VI - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o **quantum** da redução da pena.

VII - No caso concreto, revela-se correta a decisão que, tratando-se de acusado primário, de bons antecedentes e que não se dedica à atividades criminosas nem integra organização criminosa, aplicou a causa de diminuição de pena no percentual de 1/6 (um sexto), diante da quantidade de droga apreendida. Ordem parcialmente concedida.”

(HC nº 133.789/MG, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJe de 5/10/2009)

B - “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÁXIMO LEGALMENTE PREVISTO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIA QUE JUSTIFICA ELEVAÇÃO DA SANÇÃO. EXEGESE DO ART. 42 DA LEI 11.343/06. PATAMAR EXCESSIVO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. A quantidade de entorpecente encontrada em poder do paciente justifica a elevação da pena-base, fundada na elevada reprovabilidade da conduta, mas não no máximo legalmente previsto para o tipo, especialmente em se considerando a natureza da droga apreendida, e o fato de as demais circunstâncias judiciais serem tidas como favoráveis.

DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. NARCOTRÁFICO. CONDENAÇÃO. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O FEITO. SEGREGAÇÃO DERIVADA DE FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Tendo o paciente sido preso em flagrante pela prática do delito do art 33 da Lei n. 11.343/06 e assim permanecido durante toda a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrução criminal, por força do previsto no art. 44 da Lei n. 11.343/06, correta a decisão das instâncias ordinárias que mantiveram a custódia para apelar, pois o entendimento sufragado nesta Corte de Justiça é no sentido de que, nesse caso, aquele que ficou justificadamente segregado durante a tramitação da ação penal desta forma deve permanecer para apelar.

3. Ordem parcialmente concedida para para diminuir a pena do paciente, fixando-a definitivamente em 3 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 410 dias-multa, por violação ao art. 33, caput c/c seu § 4º, da Lei n. 11.343/06, mantida, no mais a sentença condenatória proferida.”

*(HC nº 104.840/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 10/11/2008)*

C – “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. VEDAÇÃO À RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1 - Inexiste constrangimento na fixação da pena-base acima do mínimo legal, se desfavoráveis as circunstâncias judiciais, notadamente diante da elevada quantidade de droga apreendida.

2 - A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC nº 94.051/DF, firmou o entendimento de ser possível a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

3 - A Lei nº 11.464/2007, que alterou o requisito objetivo exigido para a concessão do benefício, não pode ser aplicada, no ponto prejudicial, àqueles delitos cometidos anteriormente à sua vigência, em razão da irretroatividade da lei penal mais gravosa .

*4 - **Habeas corpus** parcialmente concedido.”*

*(HC nº 121.681/MS, Relator o Ministro **PAULO GALLOTTI**, DJe de 30/3/2009)*

Assim, entendo como necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime estabelecer a pena-base quanto ao crime de tráfico de drogas, em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

De outro giro, verifico estarem preenchidos pelo paciente os requisitos para a incidência do benefício legal da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Ao indeferir a aplicação da causa de diminuição, disse o Magistrado:

“II - no que pertine a alegação de que faz jus ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxico, creio controverso tal pedido, mormente porque em seu próprio interrogatório judicial à fl.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

111/112 diz que: '(...) que foi preso pelos Policiais Federais apenas porque tem passagem anterior na polícia (...) que tem passagem anterior por furto (...)'

Ademais, tal afirmativa encontra-se respaldo na folha de antecedentes criminais acostada á fl. 97/98.

Por não preencher os requisitos exigidos por aquele dispositivo legal, é que afasto esta tese da defesa e desde já afirmo a inaplicabilidade do benefício lá previsto." (fls. 50/51)

Verificado, contudo, que os processos indicados não se prestam para a configuração dos maus antecedentes, e sendo certo que as instâncias ordinárias não fizeram qualquer menção de sua eventual dedicação a atividades criminosas, tampouco integrante de organização desse gênero, além de ser ele tecnicamente primário, com bons antecedentes, é de rigor a aplicação do aludido benefício.

Vejam-se:

A - "PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. AGUARDAR JULGAMENTO EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO-CONHECIMENTO DA ORDEM NESSE ASPECTO. MAUS ANTECEDENTES. AÇÃO PENAL EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. RECONHECIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. **SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI 11.343/06 ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.**

1. Resta prejudicado o pleito de se aguardar o julgamento em liberdade se transitada em julgado a condenação.

2. "Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo" (HC 100.848/MS).

3. Preenchidos os requisitos legais do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não-dedicação às atividades criminosas e não-integração à organização criminosa, a paciente faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena.

4. Por expressa vedação legal, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou em concessão de sursis, nos exatos termos do art. 44 da Lei 11.343/06.

*5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida." (HC nº 136.402/RJ, Relator o Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**, DJe de 13/10/2009)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

B - "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DO WRIT. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

I - No caso, a pretensão de desclassificação do delito de tráfico ilícito de substância entorpecente para o de uso próprio exige exame aprofundado de matéria fático-probatório, o que não é permitido nesta via. (Precedentes).

II - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não constituem óbice à concessão do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (Precedente).

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, concedido para determinar ao e. Tribunal a quo que analise a possibilidade da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, desconsiderando inquéritos e processos em andamento."

(HC nº 107.709/SP, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJe de 10/11/2008)

Por outro lado, para a aferição do **quantum** de diminuição de pena a ser aplicado, entendendo devem ser consideradas a quantidade e a natureza da droga apreendida, a teor do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RETROATIVIDADE DA LEI BENÉFICA. A MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 DEVE INCIDIR SOBRE A PENA PREVISTA NO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. COMBINAÇÃO DE NORMA VEDADA. A QUANTIDADE DE DROGAS, POR SI, NÃO AFASTA A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem admitido a aplicação retroativa da Lei n.º 11.343/06 na sua integralidade, desde que seja mais benéfica ao réu, diante da impossibilidade de combinação de lei anterior e posterior.

2. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas.

Reconhecidas tais circunstâncias, a quantidade de drogas, por si



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

só, não tem o condão de impedir a aplicação da minorante, sob pena de se criar condição não prevista em lei.

3. 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.

4. A minorante não deve ser aplicada em seu maior patamar, com fundamento na natureza da droga (cocaína) e na sua quantidade, que não chega a ser pequena a ponto de justificar a redução máxima, para que a reprimenda seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime.

5. Ordem concedida para aplicar a minorante prevista no artigo 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06, no percentual de 1/2 (um meio), e fixar a reprimenda do Paciente em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses."

*(HC nº 124.870/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 10/8/2009.)*

Assim, fixada a pena-base em 6 anos de reclusão, e 600 dias-multa, mostra-se razoável, no presente caso, a redução em 1/2 (metade) pela incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em razão da quantidade de droga apreendida (18,9 kg de maconha), perfazendo a reprimenda o total de 3 anos de reclusão, a serem cumpridos inicialmente no regime fechado, e 300 dias-multa.

Diante do exposto, concedo parcialmente o **habeas corpus** para reduzir a pena-base para o crime de tráfico de drogas para 6 anos de reclusão, e 600 dias-multa, e, aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diminuir em 1/2 (metade) a reprimenda imposta ao paciente, estabelecida a pena definitiva em 3 anos de reclusão, a serem descontados inicialmente no regime fechado, e 300 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.015 - MS (2009/0190881-2) (f)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Divirjo do Relator no tocante à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, o paciente foi condenado por transportar mais de 18 kg de maconha, circunstância que, inclusive, levou à fixação da pena-base acima do mínimo legal. Em situações de tal jaez, confira-se o entendimento firmado por esta Corte:

PENAL. RECURSOS ESPECIAIS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. PRIMEIRO RECURSO PREJUDICADO. PENA-BASE. MINORANTE. REQUISITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA.

I - Se o recurso especial interposto por uma das partes buscava a aplicação da minorante inserta no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, e se tal pleito já foi indeferido por ocasião do julgamento de habeas corpus por esta Corte, resta reconhecer que a irrisignação perdeu objeto.

II - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes) - ora poderá atuar como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomado como parâmetro para definir o *quantum* da redução da pena.

III - Na espécie, as particularidades do caso, associada à grande quantidade de drogas apreendida, demonstrou que o recorrente Hugo não preenche os requisitos legais para a aplicação da minorante.

Recurso especial interposto por Alejandra Valéria Benitez Rodan não conhecido. Recurso especial interposto por Hugo Marcio Vazquez Gonzales desprovido.

(REsp 1113620/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 16/11/2009)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.

I - Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado no que diz respeito a fixação da pena-base acima do mínimo legal, visto que a mesma foi fixada levando em consideração a elevada quantidade e variedade de drogas apreendidas, bem como por se tratar de réu que se dedica de forma intensa ao narcotráfico local, mostrando-se devidamente justificada a majoração efetivada pelo Magistrado de primeiro grau.

II - Não preenchidos os requisitos legais, não faz jus o paciente à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

IV - Ordem denegada.

(HC 141.193/RJ, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA,
julgado em 06/10/2009, DJe 26/10/2009)

Destaque-se que se mostra adequado retomar às circunstâncias judiciais como critério aferidor da possibilidade de aplicação da minorante. Isso porque o próprio parágrafo quarto refere-se a aspecto do art. 59 do Código Penal, como os antecedentes.

A causa de diminuição em tela somente é aplicável para o agente do pequeno tráfico, cuja contribuição para a afetação da saúde pública seja diminuta. Lembre-se, por fim, que o comando do art. 42 da Lei de regência estabelece a natureza e a quantidade da droga como critério fundamental para a cristalização da sanção penal:

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.

Assim, no ponto, não vejo ilegalidade a ser reconhecida, razão pela qual denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0190881-2

HC 149.015 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080182935 6075001255

EM MESA

JULGADO: 19/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JADER ROBERTO DE FREITAS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : NORIVAL SOARES CAETANO (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo parcialmente a ordem, do voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura denegando-a, pediu vista o Sr. Ministro Og Fernandes. Aguarda o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). "

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 19 de outubro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 149.015 - MS (2009/0190881-2)

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Norival Soares Caetano contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que deu parcial provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, por tráfico interestadual de drogas, à pena de 11 (onze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, mais pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Houve apelação, parcialmente provida pela Corte Estadual, que afastou a majorante da interestadualidade do delito e, com isso, diminuiu a reprimenda a 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 467 (quatrocentos e sessenta e sete) dias-multa.

Neste *writ*, pede-se, em abreviado, seja a pena-base reduzida ao mínimo legal e aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar de 2/3 (dois terços).

O parecer do Ministério Público Federal é pela concessão parcial da ordem, para se afastar os maus antecedentes e aplicar a minorante acima citada em 1/6 (um sexto).

O Eminent Relator, Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, votou pela concessão parcial da ordem. Sua Excelência reduziu a pena-base para 6 (seis) anos e 600 (seiscentos) dias-multa e, na terceira etapa do critério trifásico, fez incidir a causa de diminuição referida na fração de 1/2. Ao final, a reprimenda foi fixada em 3 (três) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa.

A Ministra Maria Thereza abriu divergência, votando pela denegação da ordem.

Pedi, então, vista dos autos para melhor análise.

De início, ressalto que não fica suficientemente claro – até mesmo pela deficiente instrução do *writ* – se o paciente ostenta ou não antecedentes desabonadores.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Digo isso porque há informação nos autos de que ele responderia a duas ações penais por furtos supostamente praticados em Goiânia. Em relação a essas anotações estamos, efetivamente, diante de caso no qual se aplica o entendimento cristalizado na Súmula 444/STJ, pois não há notícia de sentença transitada em julgado.

Ocorre que nas "informações sobre a vida pregressa do indiciado" (fls. 37), o ora paciente declarou que fora processado "uma vez, [por] furto, [na cidade de] João Pinheiro – MG" (fls. 37). E não se juntou a folha de antecedentes referente a esse particular.

Assim, não vejo como afastar, nesse momento, os maus antecedentes.

De outro giro, a apreensão de grande quantidade de entorpecente – aproximadamente 19 (dezenove) quilos de maconha – acompanhada do fato de o paciente responder a outras ações penais levam-me a crer não despontar de forma cristalina o preenchimento dos requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

De se ver que não há prova segura de que ele seja primário, portador de bons antecedentes, e não se dedique a atividades criminosas.

Afora isso, adiro ao voto do Eminentíssimo Relator para também reputar indevida a exasperação referente à conduta social do agente e aos motivos do crime. Aquela, porque o fato de o paciente ser "dado ao vício de drogas" se apresenta como drama social, não podendo contra ele militar. Estes, porque a busca do lucro fácil é inerente ao tipo penal.

Desse modo, entendo que a reprimenda deve ser reajustada, afastando-se a valoração negativa da conduta social e dos motivos do crime.

Por conta da persistência de circunstâncias desfavoráveis (maus antecedentes, culpabilidade e circunstâncias), fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão.

Não há agravantes, atenuantes, causas de aumento (a majorante da interestadualidade foi decotada pelo Tribunal de origem) ou de diminuição, razão porque a torno definitiva nesse patamar.

Quanto à multa, mantenho-a em 473 (quatrocentos e setenta e três) dias-multa, montante arbitrado pela instância ordinária. Ressalto que embora se tenha fixado quantidade inferior ao mínimo, não cabe, em sede de **habeas corpus**, operar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reforma prejudicial à defesa.

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem, com o intuito de, afastando-se a valoração negativa da conduta social e dos motivos do crime, reduzir a pena recaída sobre o paciente, de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, para 7 (sete) anos de reclusão, mantido, no mais, o acórdão de apelação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0190881-2

HC 149.015 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080182935 6075001255

EM MESA

JULGADO: 14/12/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JADER ROBERTO DE FREITAS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : NORIVAL SOARES CAETANO (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento após voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes concedendo parcialmente a ordem, e o voto do Sr. Ministro Celso Limongi no mesmo sentido, a Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura."

Os Srs. Ministros Og Fernandes (voto-vista) e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 14 de dezembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário