



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.927 - SP (2015/0260720-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : OSMAR ANTONIO BENITEZ CUELLAR
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : OSMAR ANTONIO BENITEZ CUELLAR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
3. No caso, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na expressiva quantidade da droga apreendida (152,6g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.
4. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida, que foram inclusive sopesadas na terceira fase da dosimetria da pena (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).
5. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada - 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão -, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília (DF), 10 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.927 - SP (2015/0260720-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : OSMAR ANTONIO BENITEZ CUELLAR
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : OSMAR ANTONIO BENITEZ CUELLAR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado de próprio punho por **OSMAR ANTONIO BENITEZ CUELLAR**, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, inicialmente em regime fechado, e 729 (setecentos e vinte nove) dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

A Defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provida para diminuir a pena-base e afastar a agravante do art. 62, IV, do Código Penal, tornando a pena em definitivo em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias (e-STJ, fls. 8-19).

Inconformado, o paciente, de próprio punho, manejou o *writ* em análise, no qual alega que é primários, de bons antecedentes, não se dedica à atividade criminosa, nem participa de organização criminosa, estando preenchidos os requisitos legais para a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, em seu grau máximo.

Sustenta, também, que, devido a sua primariedade e às circunstâncias favoráveis, faz *jus* ao regime semiaberto (e-STJ, fls. 1-7).

Requer a concessão da ordem, para que seja aplicada a minorante de tráfico privilegiado, na fração de 2/3, e fixado o regime semiaberto para cumprimento inicial de pena.

Sem pedido de liminar (e-STJ, fl. 26).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 38-57), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ*, e, se conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 90-99).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.927 - SP (2015/0260720-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : OSMAR ANTONIO BENITEZ CUELLAR
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : OSMAR ANTONIO BENITEZ CUELLAR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
3. No caso, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu a pena em 1/6, com fundamento na expressiva quantidade da droga apreendida (152,6g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.
4. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida, que foram inclusive sopesadas na terceira fase da dosimetria da pena (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).
5. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada - 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão -, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

O Tribunal de origem, ao acolher, em parte, o recurso da defesa para reduzir a pena-base ao mínimo legal e afastar a agravante do art. 62, IV, do Código Penal, assim se manifestou:

"Da dosimetria da pena.

Na primeira fase de fixação da pena, além das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado preponderantemente, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o grau de reprovabilidade da conduta, aferido pela nocividade e quantidade de tóxico que se buscou transportar, o que indicará se a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal, ou acima desse patamar.

A pena-base foi fixada em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa pelo juízo *a quo*, em razão das consequências do crime, bem como a natureza e a quantidade da droga apreendida.

Todavia, o réu é primário, possui bons antecedentes e sua conduta não se mostrou diferente da maioria dos delitos de tráfico internacional de drogas. Além disso, a droga apreendida, apesar de ter quantidade que ultrapassa o razoável para a caracterização do uso pessoal, não pode ser considerada vultosa se comparada a outras apreensões de drogas oriundas do Paraguai. Assim, reduzo a pena-base para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, merece provimento o pleito da defesa, eis que não há que se aplicar a agravante prevista no artigo 62, inciso IV, do Código Penal, relativa à prática do delito em virtude de promessa de recompensa. O intuito de lucro já compõe o próprio tipo penal aqui reprimido, de sorte que sua aplicação implicaria em *bis in idem*.

Logo, ausentes agravantes ou atenuantes, fixo a pena intermediária em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase, tem-se que a majorante prevista no artigo 40, inciso I, da Lei n. 11.343/06, aplica-se ao tráfico com o exterior, seja quando o tóxico venha para o Brasil, seja quando esteja em vias de ser exportado. Portanto, é evidente, *in casu*, a tipificação do tráfico internacional de entorpecentes, pois o acusado é paraguaio e trouxe a droga do país vizinho.

Há entendimento no sentido de que o legislador previu, nos incisos do artigo 40 da Lei n. 11.343/06, uma série de causas de aumento de pena, que justificam um aumento variável de um sexto a dois terços, porém não estabeleceu os parâmetros para a quantificação do percentual. À míngua desses critérios, o índice de aumento pode ser calculado de acordo com as circunstâncias especificamente relacionadas com a causa de aumento (e não às do crime), e variar de acordo com a quantidade de majorantes que estiverem presentes.

Assinalo, todavia, que a simples distância entre países ou a escala/conexão em um terceiro país não justificam por si só a aplicação dessa causa de aumento em patamar acima do mínimo, admitindo-se apenas nos casos em que a droga deixe o território nacional para ser distribuída em mais de um país no exterior, o que não restou demonstrado no caso em tela.

Mantenho referida causa de aumento no patamar mínimo de 1/6 (um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sexto), do que resulta a pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Saliento que foi observada a alegação da defesa quanto ao erro material na dosimetria da sentença, tendo sido primeiramente aplicada a causa de aumento para em seguida aplicar-se a minorante.

Pretende a defesa seja aplicada em patamar superior ao mínimo a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Os requisitos do benefício previsto nesse dispositivo legal são os seguintes:

(...)

Percebe-se que se trata de requisitos cumulativos. No caso em tela, o réu é primário e não ostenta maus antecedentes. Tampouco há aparência de que integre organização criminosa, tendo servido apenas ao transporte eventual de entorpecente, de sorte que é cabível a aplicação da minorante.

Nesse sentido, oportuno citar os seguintes precedentes da Primeira Seção deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

(...)

Apenas a título de argumentação, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* n. 101.265/SP), entendo que a mera traficância transnacional não basta para configurar integração efetiva em organização criminosa. É necessária a presença de indícios que indiquem muito mais do que uma simples cooperação ou cooptação de agentes, como, por exemplo, combinação do preço do serviço; a data ou o roteiro da viagem; a quantidade de droga a ser transportada etc., ou, ainda, que o criminoso venha se colocando à disposição do bando sempre que necessário, empreendendo, rotineiramente, viagens internacionais em situações análogas.

Quanto ao percentual em que a minorante será aplicada, deve ser considerado que as circunstâncias subjacentes à prática delitiva, quais sejam, o transporte da quantidade de 152,6g de cocaína (massa líquida) junto ao corpo do acusado, bem como todos os requisitos necessários à preparação do delito de tráfico internacional (compra de passagens internacionais de ida e volta, hospedagem do pequeno traficante fora do país etc.), denotam uma reprovabilidade maior da conduta do acusado, pois houve certo contato com integrantes da organização criminosa durante o preparo para o tráfico de drogas.

De outra parte, não há provas seguras de que o réu faça parte da organização criminosa. Assim, mantenho a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto.

Em virtude disso, fixo a pena definitiva em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa." (e-STJ, fls. 15-18)

Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.

Os Tribunais Superiores têm decidido também que, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Como se percebe, o Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, optou em sopesar a variedade e a quantidade de droga apreendida com o paciente (152,6g de cocaína), **exclusivamente**, na terceira etapa do cálculo da pena.

Portanto, devidamente motivado o agravamento da sanção, a escolha do *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser alterada quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A respeito:

"(...)

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

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 artigo 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no patamar de 1/3 (um terço), dada a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará, o que revela a inexistência de ilegalidade na sua ponderação somente na análise da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, como na espécie.

(...)

(HC 298.618/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/11/2015)

Quanto ao regime prisional, a Corte de origem assim consignou:

"No tocante ao regime inicial para cumprimento de pena, requer a defesa a fixação de regime menos gravoso, o que entendo ser incabível no presente caso.

Com efeito, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser mantido como o fechado, nos termos do § 3º do artigo 33 do Código Penal, considerando a lesividade da conduta praticada pela acusada, que aceitou colaborar para o transporte internacional e posterior distribuição de grande quantidade de substância entorpecente de elevado potencial lesivo.

Pelas mesmas razões da fixação do regime inicial fechado, verifico que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos não se mostra suficiente no caso concreto, nos termos do inciso III, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 44 do Código Penal, sendo certo, ademais, que a apelante, tendo em vista o *quantum* da condenação, não preenche os requisitos objetivos do inciso I do mesmo artigo 44 do Código Penal." (e-STJ, fl. 18)

Inicialmente, convém destacar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, observar o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com a preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

In casu, observa-se que o acórdão impugnado considerou a natureza e a quantidade de droga apreendida na escolha do regime prisional fechado, em consonância com as diretrizes estabelecidas nos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas.

Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 4 (quatro) anos, 10 (meses) e 10 (dias) de reclusão, não se mostra ilegal a imposição do regime mais severo com fundamento na natureza e na expressiva quantidade de droga apreendida (152,6g de cocaína), uma vez que tais circunstâncias foram elencadas pelo próprio legislador como prevaletentes, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL ILÍCITO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO).

[...]

3. A valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso (Precedentes).

[...]

6. Recurso ordinário a que se nega provimento."

(RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015.)

Por fim, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0260720-1

HC 338.927 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020343820144403611 201461100020343 20343820144403611

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : OSMAR ANTONIO BENITEZ CUELLAR
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : OSMAR ANTONIO BENITEZ CUELLAR (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.