



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 177.513 - ES (2010/0118439-7)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : RAFAEL FREITAS DE LIMA E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ELVIRA FERREIRA MAIA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. **1.** PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E CULPABILIDADE EXACERBADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **2.** MOTIVOS DO CRIME. BUSCA DE LUCRO FÁCIL. ELEMENTO PRÓPRIO DO TIPO. **BIS IN IDEM.** **3.** CONSEQUÊNCIAS DO DELITO PARA A PAZ PÚBLICA. MOTIVAÇÃO ABSTRATA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. **4.** INAPLICABILIDADE DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. **5.** ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Por via de regra, é inviável, em **habeas corpus**, imiscuir-se nos critérios utilizados pelas instâncias ordinárias para o aumento da pena-base, pois, como é cediço, o presente remédio constitucional restringe-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, sem ingresso no subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária, nos dois graus de jurisdição.

2. O intuito de aferir riqueza a partir da traficância é elemento ínsito ao tipo penal de tráfico, visto que constitui a própria finalidade da ação delituosa, de modo que sua utilização para aumentar a reprimenda caracteriza reprovável **bis in idem**.

3. A gravidade, em tese, do crime de associação, para a paz pública, sem a indicação de um elemento sequer atinente ao caso concreto, não constitui motivação idônea para a exacerbação da sanção. Violação dos princípios da persuasão racional e da individualização da pena.

4. Inexiste constrangimento ilegal a ser reparado quando a instância ordinária elucida, com base em elementos objetivos extraídos dos autos, os motivos para o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Ademais, entender de modo diverso demandaria amplo reexame de matéria fático-probatória, providência descabida na estreita via cognitiva do **habeas corpus**.

5. Ordem parcialmente concedida a fim de afastar as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, redimensionando a pena imposta à paciente para 9 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 1.310 (um mil trezentos e dez) dias-multa.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 05 de junho de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 177.513 - ES (2010/0118439-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Elvira Ferreira Maia, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, além do pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, pela prática de tráfico de entorpecentes (art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006), e à reprimenda de 4 (quatro) anos de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, pelo crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei nº 11.343/2006), fixando-se o regime fechado para o início do cumprimento da privação de liberdade.

Na presente impetração, sustenta-se, em síntese, que as instâncias ordinárias, para exasperar a pena-base na primeira fase da dosimetria da pena, utilizaram-se de fundamentação genérica e sem correspondência com o elementos constantes dos autos. Argumenta-se, ainda, que a paciente faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, tendo em vista que não integra organização criminosa, preenchendo, ademais, todos os requisitos para a consecução da referida benesse.

Pleiteia, ao final, a aplicação da aludida redutora no patamar de 2/3, além do reconhecimento da falta de fundamentação da sentença no ponto em que determinou o aumento da pena-base.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 226) e as informações prestadas (fls. 230/246, 250/251 e 259/283).

A douta Procuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 252/255).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 177.513 - ES (2010/0118439-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Buscam os impetrantes, como vimos do relatório, a redução da sanção aplicada na primeira fase da dosimetria da pena, bem como a aplicação da causa de diminuição inserta no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

inicialmente, cabe ressaltar que o **habeas corpus**, ação de natureza constitucional, é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal, evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, mostra-se de plano ao julgador. Não se destina à correção de equívocos, controvérsias ou situações que, embora existentes, demandam o exame e a consideração de matéria fática, de dados ou da prova que sustentaram o ato ou a decisão impugnada.

Posto isso, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, cumpre conhecer da presente impetração, levando-se em consideração os ditames acima anunciados.

De acordo com o que se extrai da sentença condenatória e do acórdão que julgou a apelação defensiva, a ora paciente fora abordada, em sua residência, enquanto guardava 78 (setenta e oito) papелotes de cocaína, pesando 78 g (setenta e oito gramas) no total, 105 g (cento e cinco gramas) da mesma substância envoltas em fita adesiva, além de petrechos para a embalagem e pesagem da droga.

Depreende-se dos autos que o Magistrado sentenciante, após o reconhecimento da autoria e materialidade delitivas dos crimes de tráfico e associação para o tráfico, estabeleceu a pena da paciente em patamar superior ao mínimo legal, utilizando-se, na ocasião, dos seguintes fundamentos (fl. 43):

*Quanto à co-ré ELVIRA FERREIRA MAIA - Crime descrito no artigo 33, **caput**, da Lei 11.343/06: a culpabilidade restou demonstrada, sendo a sua conduta reprovável; os antecedentes*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem anotação de condenação anterior; a conduta social não ficou esclarecida; não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise da personalidade; os motivos do crime são injustificáveis, uma vez que agiu com o intuito egoístico de auferir riqueza fácil; as circunstâncias não favorecem; as consequências do ilícito são próprias do tipo penal; a vítima, sendo a sociedade, em nada contribuiu para o crime; e, por fim, a condição econômica da ré não ficou esclarecida.

Considerando tais circunstâncias judiciais, bem como a natureza e quantidade de droga apreendida, fixo a pena-base EM 06 (SEIS) ANOS E 05 (CINCO) MESES DE RECLUSÃO E EM 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA, tornando-a, em definitivo para esse delito, à míngua de atenuante ou agravante, causa de diminuição ou de aumento de pena a considerar.

[...].

Ainda quanto à co-ré ELVIRA FERREIRA MAIA - crime descrito no artigo 35, da Lei 11.343/06: culpabilidade intensa e reprovável; os antecedentes sem anotação de condenação anterior; a conduta social não ficou esclarecida; não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise da personalidade da ré; os motivos e as circunstâncias do crime não são favoráveis; as consequências são graves para a paz pública; a vítima, sendo a sociedade, em nada incentivou ou contribuiu para o crime; e, por último, a condição econômica da ré não ficou esclarecida.

Atento a estas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base para o crime de associação para o tráfico EM 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO E EM 750 (SETECENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA, concretizando-a, em definitivo, à míngua de atenuante ou agravante, causa de diminuição ou de aumento de pena a considerar.

O Tribunal de Justiça estadual, por sua vez, manteve integralmente a sentença, tecendo as seguintes considerações em relação a sanção imposta em primeiro grau de jurisdição (fls. 211/212):

Ultrapassadas as teses condizentes à absolvição, necessário salientar, no tocante aos pedidos de pena e aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, também a ausência de vícios ou inadequações porventura cometidos pelo ilustre Juízo de 1º grau de jurisdição.

Em primeiro lugar, a dosimetria da pena estabelecida para um dos réus respeitou, ao que parece (fls. 226/232) todo o critério trifásico de aplicação da pena, de forma ao meu ver razoável e lógico, com estribo no livre convencimento motivado daquele preclaro magistrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*As circunstâncias judiciais (art. 58 do Código Penal) concernentes a cada réu, aliás, são-lhes ligeiramente desfavoráveis, daí porque fixadas em patamares pouco superiores ao mínimo legal para cada um dos tipos penais em evidência.
(...).*

Da leitura dos excertos acima transcritos, extrai-se que foram elencadas como desfavoráveis 3 (três) circunstâncias judiciais, no que diz respeito ao delito de tráfico, a saber, as *circunstâncias do delito*, a *natureza/quantidade de entorpecente apreendido*, bem como os *motivos do crime*, ante o "intuito egoístico de auferir riqueza fácil". Já no que se refere ao crime de associação, além das *circunstâncias* e dos *motivos* do delito, foram valoradas negativamente a *culpabilidade* da paciente e as *consequências* do crime, que seriam "graves à paz pública".

Por via de regra, é inviável, em **habeas corpus**, imiscuir-se nos critérios utilizados pelas instâncias ordinárias para o aumento da pena-base, pois, como é cediço, o presente remédio constitucional restringe-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária, nos dois graus de jurisdição, ainda que a pretexto de combater suposta injustiça ou excesso, atividade vedada mesmo aos Tribunais Superiores, cujo papel é o de uniformização da interpretação do direito federal ou da norma constitucional.

Assim, não vislumbro flagrante ilegalidade no que se refere à valoração negativa das *circunstâncias do delito* e da *culpabilidade* da paciente. Deveras, havendo indicação de circunstâncias judiciais desfavoráveis pelas instâncias ordinárias, não é o **habeas corpus** a via adequada para ponderar, em concreto, a suficiência delas para a majoração da pena-base (a propósito, confira-se o HC 111.668/ES - STF, Relator o Ministro **DIAS TOFFOLI**, DJe de 13/4/2012).

Ressalte-se, ademais, que a quantidade de entorpecente apreendido é fator que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, é preponderante para a fixação das penas no tráfico de entorpecentes. Assim, mostra-se escorreito o entendimento estabelecido pelas instâncias ordinárias ao aumentar, por esse motivo, a pena-base estatuída pelo tipo penal em abstrato, porquanto observadas as diretivas imposta pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

norma penal para o estabelecimento da reprimenda, sendo defeso, na estreita via cognitiva do presente **writ**, o exercício de novo juízo de reprovabilidade da conduta (nesse sentido: STF - HC 102.487, relator o Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**, DJe de 1/6/2010).

Entretanto, nada obstante os estreitos limites cognitivos do **habeas corpus**, evidencia-se, na hipótese vertente, a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal, passível de correção pela via exígua do **writ**, no que se refere a circunstância judicial atinente aos *motivos do crime*. Com efeito, o intuito de aferir riqueza a partir da traficância é elemento ínsito ao tipo penal de tráfico, visto que constitui a própria finalidade da ação delituosa, de modo que sua utilização para aumentar a reprimenda caracteriza reprovável **bis in idem**.

Por oportuno, trago à colação o que foi noticiado no informativo de jurisprudência nº 665 do Supremo Tribunal Federal:

Dosimetria e fundamentação idônea

*Em conclusão de julgamento, a 2ª Turma, por maioria, deferiu habeas corpus para determinar ao magistrado de primeiro grau que efetue nova dosimetria, a afastar, além da circunstância relativa à consequência do crime “mal causado pelo tóxico”, também o motivo invocado — vontade de obter lucro fácil. No caso, ao majorar a pena-base, o juiz considerara que “a) os motivos que levaram à prática das infrações penais foram o egoísmo e o desejo de obter ganho fácil; b) as circunstâncias em que ocorreram as práticas criminosas foram graves, em razão da nocividade e expressiva quantidade de droga apreendida (quase 13 kg de cocaína); e c) as consequências são graves pelo mal causado aos consumidores” — v. Informativos 633 e 651. Concluiu-se que a circunstância judicial aludida ao “mal causado pelo tóxico”, seria ínsita à conduta delituosa e estaria incorporada ao próprio tipo penal, a impossibilitar sua utilização como elemento hábil a proporcionar o recrudescimento da reprimenda, sob pena de bis in idem. **Na mesma linha de entendimento, quanto à referência ao motivo do crime “ganho fácil”, consignou-se que essa expressão apontada pelo magistrado para justificar o maior rigor no cálculo da pena já se encontraria embutida na conduta praticada — venda de drogas. Dessa forma, a comercialização ilícita de entorpecente teria sido, de imediato, a razão pela qual se dera a condenação do acusado, na forma do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, o alegado intuito de “ganho fácil”, por ser inerente a essa modalidade delitiva, não deveria ser validamente invocado para aumentar a reprimenda por implicar, também, bis in idem. (...).***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 107532/SC, relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, Julgado em 8.5.2012, acórdão pendente de publicação)

No mesmo sentido, cita-se, entre inúmeros outros precedentes, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

A - DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. JUSTIFICAÇÃO CONCRETA. AUMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA QUE SE MOSTRA DEVIDO. PERSONALIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVOS DO CRIME. BUSCA DE LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA PRÓPRIA DO TIPO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há flagrante ilegalidade no ponto em que foi procedido ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, tendo em vista que devidamente justificada a elevada reprovabilidade das condutas delituosas praticadas.

2. Não tendo o sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavoráveis aos pacientes a personalidade e as consequências do delito, e tendo se utilizado de referências genéricas para exasperar a sanção na primeira etapa da dosimetria, de rigor a redução da pena básica nesses pontos.

3. A busca do lucro fácil pelo autor do crime de tráfico de drogas é inerente ao próprio tipo penal violado, não podendo tal circunstância ser valorada negativamente no momento da aplicação da reprimenda básica.

4. Verificado, ainda, que as instâncias ordinárias levaram em consideração a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção-base foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, já que apontados fundamentos concretos que justificam maior reprimenda.

5. Remanescendo circunstâncias judiciais negativas, devidamente justificadas na condenação, não há como fixar a sanção básica em seu mínimo legal.

[...].

(HC 202.378/PB, Relator o Ministro JORGE MUSSI, DJe de 3/5/2012).

B - PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. CONDUTA SOCIAL. PESSOA DESREGRADA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 3. MOTIVO. GANHO FÁCIL. INERENTE AO TIPO PENAL. ARGUMENTO INADEQUADO. 4. CULPABILIDADE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACRÉSCIMO NA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. 5. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA POR INTEIRO DA NOVA LEI. POSSIBILIDADE SE MAIS BENÉFICA AO RÉU. ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). 6. AFERIÇÃO **IN CONCRETO**. AVALIAÇÃO A SER FEITA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. 7. LEI A SER APLICADA. DECISÃO SOMENTE APÓS A ANÁLISE. 8. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

[...].

3. Com relação ao motivo do crime, o Juízo a quo considerou-o como negativo, salientando que o acusado objetivava somente o lucro fácil. Contudo, nos termos em que considerado, confunde-se com o conceito do próprio tipo penal, posto ser requisito que lho integra, não ensejando, pois, aumento da pena-base.

[...].

8. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente e para determinar ao Juiz das execuções que verifique a lei mais benéfica ao paciente: se a Lei n.º 11.343/06, com a redução prevista em seu art. 33, § 4º, caso cabível, ou se a Lei n.º 6.368/76 (HC 146.478/MS, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 3/10/2011).

Outrossim, no que diz respeito às *consequências do crime* de associação, observa-se que o Magistrado sentenciante não indicou um elemento sequer atinente ao caso concreto, valendo-se de considerações genéricas sobre a gravidade do crime para a paz pública, abstração que não é hábil a amparar a elevação da reprimenda. Entender de modo diverso atentaria, inevitavelmente, contra os princípios da persuasão racional e da individualização da pena.

Em casos análogos, **mutatis mutandis**, esta Corte assim decidiu:

A - PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. REPROVAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA. CONSEQUÊNCIAS DELETÉRIAS DO CRIME. ILAÇÃO IN ABSTRATO. CIRCUNSTÂNCIA JÁ CONSIDERADA PELO LEGISLADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

I. Na hipótese, a culpabilidade e as consequências do delito não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foram valoradas segundo o entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores sobre a matéria.

II. A circunstância judicial referente à culpabilidade deve ser entendida como a reprovação social da conduta, não como pressuposto da estrutura analítica do crime.

III. A ilação in abstrato de que o tráfico de drogas é uma das maiores causas do aumento da criminalidade nos últimos tempos já foi considerada pelo legislador no primeiro estágio da individualização da pena, quando incriminou tal conduta e cominou-lhe os limites da reprimenda, a serem observados pelo julgador. Precedentes.

*IV. Ordem concedida, nos termos do voto do relator. (HC 184.270/MG, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe 4/4/2011).*

B - HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES E HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA COM FUNDAMENTO NOS ANTECEDENTES DO RÉU. POSSIBILIDADE.

[...].

3. Em relação aos motivos, circunstâncias e consequências do crime, também não logrou êxito o Juízo de primeiro grau em justificá-los, tendo se limitado a afirmações genéricas de que o motivo do crime foi "uma desavença", "a vítima estava desarmada" e "as consequências são graves, consistentes na subtração da vida de um jovem de 24 anos", eventualidades, em geral, existentes em crime de homicídio, podendo ser consideradas inerentes ao próprio tipo do delito em questão e, portanto, inidôneas para justificar o aumento da pena.

[...]

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente para 7 anos, resultando a pena definitiva em 8 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado. (HC 171.395/RS, Relator o Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 1/2/2012).

No que se refere ao pleito de aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, observa-se que o Magistrado sentenciante estabeleceu que a ora paciente não preenche os requisitos necessários à obtenção da benesse contida na referida norma, destinada àqueles que não se dediquem às atividades criminosas. Para chegar nessa conclusão, baseou-se, essencialmente, em prova testemunhal e nos objetos apreendidos no flagrante. A propósito, consignou (fls. 154/172):

Diante desse contexto fático, os elementos probatórios mostram que os réus PAULO VITOR NEVES DA SILVA e ELVIRA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FERREIRA MAIA, atuavam na comercialização de drogas psicotrópicas com fins lucrativos, de longa data, evidenciando-se a certeza moral do crime de tráfico de drogas imputado na denúncia.

[...].

Em relação à conduta descrita no artigo 35, da Lei 11.343/06, da análise atenta dos autos exsurge evidenciado que os réus se encontravam associados em caráter habitual, estável e permanente com a finalidade de comercializarem drogas psicotrópicas.

[...].

Não vislumbro a possibilidade de aplicar a causa de diminuição de pena prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tendo em vista a comprovação de que a ré vinha se dedicando às atividades criminosas no tráfico de drogas, além de integrar organização criminosa, circunstâncias impeditivas do benefício.

Essa conclusão, a meu ver, é inafastável na via exígua do **habeas corpus**, pois diretamente relacionada com o acervo fático-probatório da causa.

Nesse sentido:

A - PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO REVISÃO CRIMINAL. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

1. Impetrado este **habeas corpus** quando já havia trânsito em julgado da condenação, o seu manejo apresenta-se inadequado e descabido, pois com nítidas feições de revisão criminal, tentando transformar esta Corte em terceira instância revisora.

2. É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie, dada a constatação, firmada no Tribunal de origem, de que a paciente se dedica a atividades criminosas, não lhe pertencendo o direito de se ver beneficiada com a causa especial de diminuição (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006). Conclusão que, para ser elidida, demanda revolvimento fático-probatório não condizente com a via eleita.

3. Ordem denegada. (HC 202.416/SP, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 23/4/2012).

B - HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. PACIENTE CONDENADO A 5 ANOS DE RECLUSÃO. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA DO § 4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. PACIENTE ENVOLVIDO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR 4 ANOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44 DO CPB. DELITO PRATICADO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa.

2. Ocorre que, no caso concreto, reconheceu-se que a paciente se dedica à atividade criminosa, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação.

3. A alteração dessa conclusão ensejaria, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, in casu, não estão evidentes, impedindo a análise do tema por meio da via exígua do Habeas Corpus.

4. Independentemente da discussão sobre a constitucionalidade ou não do art. 44 da Lei 11.343/06, o total da pena imposta, in casu, impede a substituição pretendida, nos termos do art. 44 do CPB.

5. Se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

*6. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial (HC 194.896/SP, Relator o Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, DJe 12/5/2011).*

Destarte, merece reforma a sentença condenatória, a fim de que, extraída as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas, seja a reprimenda redimensionada, o que passo a fazer desde já.

Quanto ao crime de tráfico, como dito alhures, o Magistrado de primeiro grau sopesou negativamente as *circunstâncias do delito*, a *natureza/quantidade de entorpecente apreendido*, bem como os *motivos do crime*, aumentando a pena mínima prevista abstratamente em 1 (um) ano e 5 (cinco) meses.

Desta feita, considerando-se, à luz do artigo 42 da Lei 11.343/2006, que tanto a *quantidade/natureza* de droga apreendida é elemento preponderante na fixação da reprimenda, tenho como adequado reduzir em 5 (cinco) meses o aumento efetivado pelo Juiz sentenciante, ante o decote da circunstância *motivos do crime*, estabelecendo a pena para o delito de tráfico, em definitivo, em 6 (seis) anos, mais 654 (seiscentos e cinquenta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e quatro) dias-multa.

Em relação ao crime de associação, pelas razões expostas na fundamentação do presente voto, mantenho as considerações negativas feitas na sentença em relação à *culpabilidade* e às *circunstâncias* do crime, extirpando, todavia, as circunstâncias judiciais atinentes aos *motivos e consequências do crime*, diminuindo pela metade a majoração de 1 (um) ano efetuada pelas instâncias ordinárias e fixando a pena para o delito em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Reduzo proporcionalmente a pena de multa, fixando-a em 656 (seiscentos e cinquenta e seis) dias-multa.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, mantém-se o inicialmente fechado, único compatível com o **quantum** de pena aplicado à ora paciente, conforme dispõe o art. 33, § 2º, do Código Penal.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, para redimensionar a pena imposta à paciente para 9 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 1.310 (um mil trezentos e dez) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0118439-7

HC 177.513 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 24080108871 59742008

EM MESA

JULGADO: 05/06/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL FREITAS DE LIMA E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : ELVIRA FERREIRA MAIA (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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.