



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.695 - SP (2011/0296938-1)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : MAÍRA CORACI DINIZ - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADA : MAÍRA CORACI DINIZ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON GOMES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXORBITANTE QUANTIDADE DE TÓXICO APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA NESSE PONTO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a expressiva quantidade de droga apreendida - **mais de 50 kg (cinquenta quilogramas) de maconha** -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Embora o paciente seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a quantidade de droga apreendida, aliada às circunstâncias do caso concreto, levaram a crer que se dedicaria a atividades delituosas.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

4. 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 Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 05 de junho de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.695 - SP (2011/0296938-1)

IMPETRANTE : MAÍRA CORACI DINIZ - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADA : MAÍRA CORACI DINIZ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON GOMES DA SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de ROBSON GOMES DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu a Revisão Criminal n.º 0314657-59.2009.8.26.0000, ajuizada pela defesa, mantendo a condenação do paciente à sanção de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, incisos V e VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea que justificasse a fixação da pena-base acima do mínimo legal, sobretudo porque o paciente seria primário e possuidor de bons antecedentes, restando violado o artigo 59 do Código Penal.

Destaca a ausência de motivo para a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que pautada na alegação de que o réu se dedicava à prática de atividade ilícita consistente na associação para a narcotraficância, delito pelo qual restou absolvido no julgamento de seu recurso de apelação.

Requeru, liminarmente e no mérito, a redução da pena-base ao mínimo legal e a aplicação do redutor previsto no § 4º, art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.695 - SP (2011/0296938-1)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Consta dos autos que o paciente restou condenado, em primeiro grau à pena de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 1.632 (um mil e seiscentos e trinta e dois) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, c/c o art. 40, V e VI, todos da Lei n.º 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal, porque, segundo restou apurado, no dia 1-9-2007, por volta das 20h15min, foi surpreendido trazendo consigo e transportando "*(entre Estados da Federação - PR ~ SP), para fins de venda, entrega ou fornecimento a terceiros, ainda que gratuito, substância entorpecente consistente em Cannabis sativa L. ("maconha") com peso aproximado de 50,940Kg divididas em 66 pacotes com formato de tijolo, devidamente embaladas em fita adesiva*", e, ainda, em data anterior, associou-se a uma adolescente e a um terceiro não identificado "*para o fim de praticar, reiteradamente ou não, as condutas previstas no art. 33 da Lei n. 11.343/2006*" (fls. 55).

Inconformada, a defesa apelou perante o Tribunal *a quo*, que deu parcial provimento ao recurso, apenas para absolver o paciente quanto ao delito de associação para o tráfico, restando mantida a condenação ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, incisos V e VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

Posteriormente, houve ajuizamento de Revisão Criminal pelo ora paciente, buscando-se a redução da pena-base e a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a qual foi indeferida pelo 7º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No que se refere à sustentada ilegalidade na pena-base imposta ao paciente pelo crime de tráfico de drogas, verifica-se que o juiz singular, após reconhecer a predominância de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou a reprimenda, na primeira etapa da dosimetria, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, quanto ao crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 62).

A Corte impetrada, manteve o aumento da reprimenda básica pelos fundamentos a seguir aduzidos, *verbis*:

No tocante à reprimenda fixada, registro que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal (1/6), por conta das circunstâncias previstas no artigo 59 do estatuto Repressivo, desfavoráveis ao réu, especialmente a expressiva quantidade de droga, sem que se fale nas nefastas consequências do crime [...]. (fls. 69)

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Na hipótese em apreço, verifica-se que, embora as instâncias ordinárias tenham feito menção a outras circunstâncias judiciais tidas como negativas, foi **especialmente** considerada desfavorável a circunstância **da expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida**, não se podendo, por isso, considerar ilegal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o acórdão impugnado no ponto em que manteve a pena-base em apenas 10 (dez) meses acima do mínimo legalmente previsto para o tipo, já que devidamente motivada, encontrando respaldo no previsto no art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, segundo consta dos autos, o paciente foi preso em razão do seu envolvimento em uma operação de tráfico interestadual de drogas, tendo sido surpreendido trazendo consigo e transportando, entre os Estados do Paraná e São Paulo, **aproximadamente 51 kg (cinquenta e um quilogramas) de maconha**, o que evidencia que as instâncias ordinárias, na fixação da pena-base, atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a quantidade de droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o condenado nesse ponto.

A propósito, segundo orientação dessa Corte Superior de Justiça: *"A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal"* (HC n.º 165.387/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8-2-2011, DJe 21-2-2011).

Por essas razões, não há que se falar em ilegalidade quando a sanção básica foi elevada acima do mínimo legalmente previsto, já que apontada fundamentação concreta - **a apreensão de pouco mais de 50 (cinquenta) quilogramas de maconha** - que justifica a exasperação aplicada pelo juiz sentenciante e mantida no julgamento da Apelação.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente do afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas pelas instâncias ordinárias, verifica-se que juiz sentenciante entendeu inviável o reconhecimento da benesse em favor do paciente, sob os seguintes fundamentos:

*Embora primário Robson não faz jus à causa especial de diminuição das penas (§ 4º do art. 33), pois está demonstrado nos autos, que ele se dedica a **outra atividade criminosa** consistente na associação para a prática reiterada ou não da narcotraficância. (fls. 61)*

A Corte impetrada, por sua vez, apesar de haver absolvido o paciente do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de associação para o tráfico de drogas, manteve o afastamento da referida causa especial de diminuição de pena, tendo esclarecido no julgamento da Revisão Criminal que:

In casu, o delito autônomo de associação para o tráfico de drogas, em sede de recurso, foi afastado, restando a condenação pelo tráfico ilícito de entorpecentes. Contudo, como bem salientou a douta Procuradoria de Justiça, embora não tenha restado comprovada a participação do peticionário de forma estável em organização criminosa, ficou evidente que no caso em concreto colaborou deliberadamente com uma organização criminosa para o transporte de drogas em mais de uma unidade da federação e o fez não eventualmente.

Assim, muito embora se trate de réu primário, com bons antecedentes, isso não basta para que seja agraciado com a redução da pena, já que a lei exige também que o acusado não se dedique a atividades criminosas nem pertença a organização criminosa. Ora, a quantidade excessiva de drogas - mais de 50 quilos de maconha, a ser transportada de um estado a outro da federação, indica, sem dúvida, intensa atividade criminosa. (fls. 75)

Sobre a minorante em questão, cumpre destacar que, na esteira do entendimento adotado por este Tribunal Superior, **"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"** (REsp n.º 1.021.782/RS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 23-2-2010, DJe 22-3-2010).

E, na hipótese que se apresenta, infere-se que o Tribunal impetrado manteve o indeferimento do benefício sob o entendimento que a expressiva quantidade de estupefaciente encontrada em poder do paciente - **mais de 50 quilogramas de maconha** - levava a crer que se dedicaria à atividade ilícita (fls. 75), justificando a negativa.

Desta forma, não se pode dizer que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rechaçaram a sua incidência *in casu*, e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se o paciente efetivamente se dedicaria ou não a atividades criminosas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 44, 59 E 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL.

[...]

"4. Não há constrangimento ilegal sanável em sede de habeas corpus quando a instância ordinária entende que o acusado não preenche os requisitos necessários para a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, uma vez que incabível na via eleita a dilação probatória que se faz necessária para reconhecer a presença da condição subjetiva exigida e que o condenado não se dedica à atividade ou integra organização criminosa.

[...]

"7. Habeas corpus denegado" (HC n.º 73.652/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 3-4-2008 - grifamos)

Cabe ressaltar, apenas a título de esclarecimento, que não se pode dizer que implica *bis in idem* a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a aplicação da referida minorante na terceira etapa da dosimetria, isto porque trata-se tão somente da utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEMONSTRADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

1. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

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 minorante prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n. 1.069.767/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009 - grifamos).

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0296938-1

HC 227.695 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3146575920098260000 5390120070063820

EM MESA

JULGADO: 05/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MAÍRA CORACI DINIZ - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADA : MAÍRA CORACI DINIZ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON GOMES DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.