



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.647 - SP (2010/0046676-0)

RELATOR : MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/CE)
IMPETRANTE : ANTONIO MAFFEZOLI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HEROTILDES DOMINGOS DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA E **SURSIS** EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE PENA. ORDEM DENEGADA.

1. A quantidade e a natureza da droga, embora não sejam, por si sós, fundamentos aptos a afastar a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, devem ser consideradas na aferição do **quantum** de diminuição a ser aplicado, a teor do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

2. **In casu**, não faz jus à aplicação da causa de diminuição inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que ficou consignado que as circunstâncias que envolveram a prática delituosa - notadamente a quantidade de droga apreendida (3,965 kg de maconha) e a forma como foi transportada - levam à conclusão que o paciente integra organização criminoso, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício, não havendo, portanto, que se falar em **bis in idem** na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria. Precedentes.

3. A conclusão a que chegou as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal, sendo certo que, para afastar o entendimento que impediu a aplicação da referida causa de diminuição, seria necessário o revolvimento aprofundado das provas, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do **writ**.

4. Apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do **quantum** de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que o regime fechado, no caso, se mostra adequado, ainda que se trate de pena inferior a 8 anos, nos termos do que dispõem os §§ 2º e 3º do artigo 33, do Código Penal, e 42 da Lei nº 11.343/2006, já que ressaltado pelas instâncias ordinárias que a quantidade de droga apreendida se mostra expressiva, circunstância essa inclusive também utilizada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para impedir a aplicação da causa de diminuição prevista no § 3º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

5. Mantida a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão, resta superado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante o não preenchimento do requisito mínimo à sua concessão, qual seja, sanção não superior a 4 anos. Do mesmo modo, fica prejudicado o pleito de substituição condicional da pena.

6. Ordem denegada.

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 unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 12 de abril de 2011 (data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.647 - SP (2010/0046676-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Herotildes Domingos dos Santos, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, no regime fechado, e 500 dias-multa, condenação mantida em sede de apelação criminal, por ter sido surpreendido juntamente com outro corréu com diversos tablets de maconha totalizando 3,965 kg.

Busca a impetração a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, acentuando que as instâncias ordinárias violaram o princípio do **non bis in idem**, uma vez que consideraram a quantidade e natureza da droga na exasperação da pena-base e para inviabilizar a aplicação desse benefício.

Requer, ainda, a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena corporal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou, alternadamente, sua suspensão condicional.

A liminar foi indeferida à fl. 26.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 36/51), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 165.647 - SP (2010/0046676-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): Tenho, realmente, que a ordem não comporta concessão.

Confira-se o que disse o magistrado sentenciante, no que interessa:

"Por fim, não há que se falar no reconhecimento do §4º, do artigo 33, da Lei n.º 11343/06, tendo em vista a grande quantidade de maconha apreendida com os acusados, que revela que os mesmos já estavam dedicados ao tráfico de entorpecentes, uma vez que receberam dinheiro para transportar a droga para esta cidade.

O reconhecimento do privilégio também deve ser afastado, uma vez que o réu Magno já ostenta condenação definitiva pelo mesmo crime, conforme certidão de fls. 113.

Destarte, provadas as autorias e materialidade, passo a dosar as penas.

1ª fase: Tendo em vista a grande quantidade de maconha apreendida (quase quatro quilos) fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal (acréscimo de 1/6), para totalizar 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

2ª Fase: O réu Magno é reincidente, de acordo com a certidão de fls. 113, razão pela qual aumento mais uma vez a sua pena de 1/6, para totalizar 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

Em face da atenuante da menoridade em favor do réu Herotildes, retorno sua pena para o mínimo legal, ou seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

3ª Fase: Nada para considerar.

*Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia para absolver o réu Antonio Felipe, qualificado nos autos, do crime que lhe foi imputado, nos termos do artigo 386, VII, do Código Processo Penal e condenar Magno Carvalho dos Santos e Herotildes Domingos dos Santos, qualificados nos autos, respectivamente, às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 680 dias-multa, cujo valor fixo no mínimo legal e 5 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, cujo valor fixo no mínimo legal, como incursos no artigo 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/06, no regime fechado, por tratar-se de crime equiparado a hediondo." (fls. 13/14)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento aos apelos da defesa nos seguintes termos:

“No que se refere às penas aplicadas, não merece reparo.

As penas-base foram, moderadamente, fixadas 1/6 (um sexto) acima dos patamares mínimos, em razão da expressiva quantidade de droga apreendida, qual seja, quase quatro quilos, circunstância que, a teor do disposto no art. 42, da Lei 11.343/06, devem ser considerada.

Quanto ao réu Magno, operou-se, a seguir o adequado aumento de 1/6 (um sexto), em razão da circunstância agravante da reincidência, devidamente demonstrada, pois, embora se trate de fato ocorrido no ano de 1999, com trânsito em julgado em 2001, não se verifica tenha decorrido cinco anos da data do cumprimento ou extinção da pena, nos termos do inc. I do art. 64 do Cód. Penal, inclusive em vista da notícia de evasão (fls. 50, 113 e 316).

Quanto ao réu Herotildes, incidiu a circunstância atenuante da menoridade relativa (fl. 25), razão pela qual as penas retornaram aos mínimos legais.

Os apelantes, como assinalado na r. sentença recorrida, não fazem jus à redução de suas penas, com fundamento no 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois a quantidade da droga apreendida indica, à evidência, consideradas suas condições pessoais, razoável envolvimento dos réus com a atividade criminosa relativa ao tráfico ilegal de entorpecentes.

O regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o inicial fechado, fixado em conformidade com o disposto no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, apresenta-se como adequado.

*Finalmente, inviável a concessão de **sursis** ou qualquer outro benefício, nos termos do art. 44, da Lei 11.343/06.*

O crime de tráfico de entorpecentes, por possuir disciplina legal especial, em relação ao cumprimento da pena privativa de liberdade, não admite a concessão de qualquer espécie de benefício ao início de sua execução.

recursos.

Face ao exposto, meu voto nega provimento aos apelos.” (fls. 20/21)

Inicialmente, destaco que a quantidade e a natureza da droga, embora não sejam, por si sós, fundamentos aptos a afastar a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, devem ser consideradas na aferição do **quantum** de diminuição a ser aplicado, a teor do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Na hipótese, a aplicação da causa de diminuição insere no § 4º do art. 33



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei 11.343/06 foi rejeitada de forma fundamentada, ao contrário do alegado pela impetrante, tendo sido consignado no decreto condenatório que as circunstâncias que envolveram a prática delituosa - notadamente a quantidade de droga apreendida (3,965 kg de maconha) e a forma como transportada - levam à conclusão que o paciente integra organização criminosa, não preenchendo, portanto, um dos requisitos legais à concessão do benefício.

De notar, ademais, que, consoante vem entendendo esta Corte, "não há **bis in idem** na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a 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" (HC nº 124.898/MS, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 29/3/2010.)

Assim, inexistente o alegado constrangimento ilegal a ser sanado, sendo certo que a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias está fundada no conjunto probatório colhido ao longo da instrução criminal por quem está mais próximo dos fatos e melhor pode analisar a questão.

De outro lado, seria necessário o revolvimento aprofundado das provas constantes dos autos para se desconstituir o que ficou lá decidido, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do **habeas corpus**.

A propósito:

A - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. RÉ QUE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Embora a paciente seja tecnicamente primária e de bons antecedentes, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto a natureza e a grande quantidade do entorpecente apreendido em seu poder - 3.225 gramas de cocaína -, bem como o modus operandi empregado na prática do delito, levaram a crer que ela seria integrante de organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Para concluir-se que a condenada não integrava organização criminosa, 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. Ordem denegada." (HC nº 140.539/RJ, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 21/6/2010.)

B - "HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que, comprovadamente, faz parte de organização criminosa, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada." (HC nº 148.331/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 5/4/2010.)

C - "HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INADMISSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, DO CP. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória e no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, os pacientes não preenchem os requisitos legais.

2. Não pode ser afastada a aplicação da minorante apenas com fundamento no volume de drogas apreendido, a menos que isso revele tratar-se de integrante de organização criminosa ou de pessoa dedicada à criminalidade, como reconhecido na hipótese em tela. Precedentes.

3. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão de que os acusados se dedicam à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

4. A Lei n.º 11.343/06 vedou expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos delitos previstos nos seus arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37. *Precedente.*

5. A previsão constante da Lei n.º 11.464/07, a qual estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do **quantum** de pena aplicado, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo dos réus, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, b, do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida, apenas para estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena imposta aos pacientes." (HC nº 128.256/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 26/10/2009.)

Ademais, apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do **quantum** de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que o regime fechado, no caso, se mostra adequado, ainda que se trate de pena inferior a 8 anos, nos termos do que dispõem os §§ 2º e 3º do artigo 33, do Código Penal, e 42 da Lei nº 11.343/2006, já que ressaltado pelas instâncias ordinárias que a quantidade de droga apreendida se mostra expressiva – 3,965 kg de maconha, circunstância essa inclusive também utilizada para impedir a aplicação da causa de diminuição prevista no § 3º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

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

1. O pedido de absolvição pela alegação de insuficiência de prova que teria levado à condenação do paciente não se compatibiliza com os limites estreitos do habeas corpus, por demandar inevitável incursão no material fático-probatório.

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

4. Diante da presença de circunstâncias desfavoráveis reconhecidas na sentença de primeiro grau, mantém-se o regime fechado para início de cumprimento de pena.

5. Ordem denegada."

*(HC nº 162.212/GO, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, Dje de 17/6/2010)*

Por fim, ainda que admitida, nos termos do entendimento desta Corte de Justiça, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos para o delito de tráfico de entorpecentes, o certo é que, no caso em apreço, mantida a pena definitiva do paciente em 5 anos de reclusão, ele não faz jus ao benefício, ante o não preenchimento do requisito mínimo à sua concessão, qual seja, sanção não superior a 4 anos. Do mesmo modo, fica prejudicado o pleito de substituição condicional da pena.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0046676-0

HC 165.647 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1192008 990091588857

EM MESA

JULGADO: 12/04/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO MAFFEZOLI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HEROTILDES DOMINGOS DOS SANTOS (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:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.