



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.618 - SP (2011/0089837-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DANIELA SKROMOV DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EBONI SILVA BRANDÃO (PRESO)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS CONCRETOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (quase 25 kg: 14,9 kg de cocaína, 325,28 g de crack e 9,9 kg de maconha), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme, inclusive, os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. Demonstrado pelas instâncias ordinárias que a paciente se dedica à atividade criminosa, diante do montante e da variedade das substâncias entorpecentes que estavam na sua posse, bem como pelo modo como acondicionadas parte delas (462 papérolas), além de munições, arma de fogo, aparelhos de celular e 5 balanças de precisão, não tem direito à diminuição do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006. Conclusão indene ao crivo do *habeas corpus*, pois demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com o seu angusto veio de conhecimento. Precedentes.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília, 06 de outubro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.618 - SP (2011/0089837-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DANIELA SKROMOV DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EBONI SILVA BRANDÃO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de EBONI SILVA BRANDÃO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 990.09.335673-2).

Consta dos autos que a paciente, juntamente com uma corré, foi condenada à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 833 (oitocentos e trinta e três) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, consignando o Juízo singular, apenas no que interessa (fl. 28):

Em relação a ambas as acusadas fixo inicialmente a pena em seu mínimo legal em 5 anos de reclusão e multa de 500 diárias, no valor mínimo, que majoro de 2/3 em razão da grande quantidade de entorpecente apreendida (quase 25kg) e também pelo fato de ter sido encontrado em diferentes espécies, o que não se pode ignorar, tal como prevê o art. 42, da Lei n.º 11.343/06, que diz expressamente dever o juiz, na fixação das penas, considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, reservando-se as frações de aumento de 1/6 e da metade a quantidades consideráveis até 10 e 20kg de entorpecente apreendido com as acusadas, obtendo-se assim a pena de 8 anos e 4 meses de reclusão e multa de 833 diárias, no valor unitário mínimo, que torno definitiva na ausência de outras causas modificadoras, sem incidência, pois, da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ante a quantidade de droga apreendida, junto de balanças de precisão, aparelhos celulares, diversas munições e arma de fogo, que, antes de caracterizarem pequeno tráfico, indicam sem sombra de dúvida dedicarem-se em verdade as acusadas à atividade criminosa, não sendo crível que pessoa novata na prática delitiva recebesse tão somente na base da confiança tamanha quantidade de entorpecente, balanças e armamentos, o que afasta a incidência da causa de redução de pena acima citada, eis tal não se referir a quem demonstra com sua conduta estar inserido em atividade criminosa de forma habitual.

Em razão do que estabelece a Lei n.º 11.464/07, que deu nova redação à Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90), fixa-se para fins de cumprimento de pena o regime inicial fechado, sem concessão de qualquer benefício, nos termos do art. 44, *caput*, da retrocitada lei.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal *a quo* negado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento ao apelo defensivo, nos seguintes termos (fls. 48/51):

As reprimendas foram criteriosamente dosadas e bem justificadas, consideradas as circunstâncias em que os fatos se deram e as condições pessoais das apelantes, de sorte que não comportam nenhuma modificação.

A r. sentença fundamentou, como de rigor, a razão pela qual aumentou a pena-base, bem como, por qual motivo não fez incidir o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei Antitóxicos.

Também adotamos o posicionamento no sentido de que a quantidade de entorpecente apreendida (aproximadamente 25 Kg), mostra-se apta a gerar aumento da pena-base, bem como, a obstar a aplicação do redutor penal previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois, demonstra o potencial ofensivo à sociedade, na medida que pode atingir um número bem maior de usuários, alcançando centenas de pessoas.

Ressalte-se, ainda, que a conduta aqui apurada visava a obtenção de lucro fácil, mediante procedimento delituoso, de grande porte, consistente na execrável mercancia de drogas ilícitas.

Registro, por oportuno, que o Juiz não pode ficar adstrito ou vinculado apenas à primariedade e bons antecedentes do acusado, pois o art. 59, do Código Penal, também determina o sopesamento dos motivos, das circunstâncias e das conseqüências do crime, os quais, no caso *sub judice*, dispensam maiores digressões, ante a quantidade de droga encontrada em poder das acusadas e sua destinação.

(...)

A redução das penas para as recorrentes seria um prêmio para quem efetivamente não o merece, dada a comprovada prática de atividade criminosa a que se dedica o agente quando faz do delito seu meio de sobrevivência, circunstância verificada mediante a análise dos elementos de convicção constantes dos autos.

Correto o regime prisional estabelecido, conforme dispõe a Lei nº 11.464/07.

(...)

Destarte, a bem lançada decisão monocrática mostra-se incensurável, perfeitamente afinada com o Direito, a doutrina e a jurisprudência, não merece qualquer reparo, devendo subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Daí o presente *mandamus*, em que a impetrante alega que "a quantidade de droga foi utilizada para se majorar a pena-base na fração máxima de dois terços e, em claro *bis in idem*, foi também utilizada para vedar a incidência de minorante objetiva existente em lei" (fl. 2).

Afirma que a paciente é primária, possui bons antecedentes e não é integrante de qualquer organização criminosa, fazendo jus ao redutor pleiteado.

Defende que a imposição de regime inicial fechado prevista na Lei nº 11.464/07 é inconstitucional, sendo imperiosa a fixação do regime semiaberto à paciente.

Pugna pela incidência do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar máximo e pela fixação de regime inicial diverso fechado.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 58/60).

As informações foram prestadas às fls. 81/92 e 93/123.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 126/130).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.618 - SP (2011/0089837-6)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS CONCRETOS. QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de drogas (quase 25 kg: 14,9 kg de cocaína, 325,28 g de crack e 9,9 kg de maconha), legitimada está a exasperação da pena-base, conforme, inclusive, os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. Demonstrado pelas instâncias ordinárias que a paciente se dedica à atividade criminosa, diante do montante e da variedade das substâncias entorpecentes que estavam na sua posse, bem como pelo modo como acondicionadas parte delas (462 papérolas), além de munições, arma de fogo, aparelhos de celular e 5 balanças de precisão, não tem direito à diminuição do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006. Conclusão indene ao crivo do *habeas corpus*, pois demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com o seu angusto veio de conhecimento. Precedentes.

3. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca a impetrante, com o presente *mandamus*, em síntese, que: a) seja aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na razão de 2/3 (dois terços); e b) seja fixado regime inicial para o cumprimento da pena diverso do fechado.

Cuido inicialmente de afastar a alegação de *bis in idem* no tocante à incidência de nomeadas circunstâncias judiciais na fixação da pena-base e, simultaneamente, para avaliar a possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas.

Sob esta perspectiva, mostra-se adequado retomar às circunstâncias judiciais como critério para a incidência da causa de diminuição de pena, sem acarretar violação ao princípio do *ne bis in idem*. Isso porque o próprio § 4.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 refere-se a circunstância do artigo 59 do Código Penal, os antecedentes, *in verbis*:

"Art. 33.

(...)

§ 4º. Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Com efeito, é cabível um mesmo ente jurídico ser apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, desde que em decorrência de exigência legal específica, como no caso em apreço, não ocorrendo, pois, a dupla valoração da mesma circunstância para idêntica finalidade.

Do mesmo modo, *verbi gratia*, o inciso III do artigo 44 do Código Penal declina como óbice para a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Estatuto Repressivo, dentre as quais os antecedentes do condenado.

Sobre o tema, confira-se o entendimento firmado por esta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, necessário o preenchimento de todas as condições elencadas na lei, quais sejam, além da primariedade, a ausência de antecedentes desabonadores, a não dedicação a atividades criminosas e a não participação em organização criminosa.

2. Inviável o reconhecimento da minorante em questão quando evidenciado que o paciente é comprovadamente reincidente, pouco importando se a reincidência é específica ou não, já que ausente qualquer distinção feita pelo legislador nesse sentido.

3. Não há que se falar em *bis in idem* quando considerada a reincidência na segunda etapa da dosimetria, como agravante genérica, e na terceira fase de aplicação da pena, como impeditivo para o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, pois se trata apenas de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação da reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e à reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

4. Ordem denegada."

(HC 178.933/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 09/03/2011)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. RÉU REINCENTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BIS IN IDEM NÃO CARACTERIZADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA BENESSE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. INFRAÇÃO COMETIDA EM TRANSPORTE PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. RÉU QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a certidão de antecedentes criminais é documento hábil a atestar a reincidência (Precedentes).

II. Hipótese na qual a sentença condenatória menciona a existência de certidão acostada aos autos, na qual se inferem todas as informações necessárias ao reconhecimento da reincidência, revelando que entre a data do cumprimento da pena anterior e a da conduta delitiva apurada não havia decorrido o prazo de 05 anos.

III. Causa especial de diminuição de pena que não é aplicável ao réus reincidentes, não merecendo a decisão recorrida qualquer reparado no tocante ao tema.

IV. Não há que se falar em *bis in idem* na consideração da reincidência quando da fixação da pena-base e para fins de vedação da causa de diminuição de pena, já que se tratam de efeitos diversos do instituto jurídico da reincidência, sopesados em etapas distintas da dosimetria da pena.

V. Tendo a substância entorpecente sido encontrada quando o paciente estava no interior de um ônibus, deve ser mantida a causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06.

VI. Mesmo superado o óbice trazido pela novel Lei de Tóxicos, o quantum da pena fixada, bem como a reincidência do paciente, não permitem a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

VII. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator."

(HC 184.419/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 13/12/2010)

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA APENAS QUANTO À SEGUNDA. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO DE SOLTURA PREJUDICADO.

1. Não obstante devidamente valoradas a culpabilidade, as circunstâncias e consequências do crime, a obtenção de lucro fácil é circunstância inerente ao delito de tráfico de drogas, sendo certo que o aumento da reprimenda com base nesse último argumento é causa de constrangimento ilegal.

2. A redução da causa de diminuição no patamar mínimo se justifica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em razão da quantidade de droga apreendida (1.733g de cocaína). De notar, consoante vem entendendo esta Corte, que '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.) 3. Havendo o reconhecimento da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ainda que afastada a valoração quanto ao motivo do crime, inviável a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

4. Transitada em julgado a condenação, decorrendo a prisão da paciente de provimento definitivo, fica prejudicado o pedido de soltura.

5. *Habeas corpus* julgado prejudicado em parte e concedida parcialmente a ordem para reduzir a pena imposta ao paciente na ação penal de que se cuida a 6 anos, 7 meses e 21 dias de reclusão e 650 dias-multa."

(HC 120.998/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 25/10/2010)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, §4º, DA LEI N.º 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE UM DOS SEUS REQUISITOS. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO. *BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA.

I - Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois expressamente reconhecido na r. sentença condenatória que o paciente, por ser reincidente, não preenche os requisitos legais.

II - Dentro dos limites legais, uma vez configurada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

III - Não resta caracterizado *bis in idem* na utilização da reincidência como causa ensejadora da não aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, bem como agravante da pena, ante expressa previsão legal.

Habeas corpus denegado."

(HC 148575/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

Dessarte, verifica-se que a irresignação não se encontra em sintonia com jurisprudência desta Casa de Justiça.

Com relação à avaliação das circunstâncias judiciais, que levaram à fixação da pena-base acima do mínimo legal, disse o magistrado *a quo* (fl. 28):

Em relação a ambas as acusadas, fixo inicialmente a pena em seu mínimo legal em 5 anos de reclusão e multa de 500 diárias, no valor unitário mínimo, que majoro de 2/3 em razão da grande quantidade de entorpecente apreendida (quase 25kg) e também pelo fato de ter sido encontrado em diferentes espécies, o que não se pode ignorar, tal como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevê o art. 42, da Lei nº 11.343/06, que diz expressamente dever o juiz, na fixação das penas, considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, reservando-se as frações de aumento de 1/6 e da metade a quantidades consideráveis até 10 e 20 kg de entorpecente apreendido, mas não aos 25 kg de entorpecente apreendido com as acusadas, obtendo-se assim a pena de 8 anos e 4 meses de reclusão e multa de 833 diárias, no valor unitário mínimo, que torno definitiva na ausência de outras causas modificadoras, sem incidência, pois, da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ante a quantidade de droga apreendida, a forma de embalagem e a forma com que esta foi apreendida, junto de balanças de precisão, aparelhos celulares, diversas munições e arma de fogo, que, antes de caracterizarem pequeno tráfico, indicam sem sombra de dúvida dedicarem-se em verdade as acusadas à atividade criminosa, não sendo crível que pessoa novata na prática delitiva recebesse tão somente na base da confiança tamanha quantidade de entorpecente, balanças e armamentos, o que afasta a incidência da causa de redução de pena acima citada, eis tal não se referir a quem demonstra com sua conduta estar inserido em atividade criminosa de forma habitual.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve o quanto decidido pelo juízo singular, valendo-se das seguintes razões (fls. 48/49):

As reprimendas foram criteriosamente dosadas e bem justificadas, consideradas as circunstâncias em que os fatos se deram e as condições pessoais das apelantes, de sorte que não comportam nenhuma modificação.

A r. sentença fundamentou, como de rigor, a razão pela qual aumentou a pena-base, bem como, por qual motivo não fez incidir o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei Antitóxicos.

Também adotamos o posicionamento no sentido de que a quantidade de entorpecente apreendida (aproximadamente 25 Kg), mostra-se apta a gerar aumento da pena-base, bem como, a obstar a aplicação do redutor penal previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois, demonstra o potencial ofensivo à sociedade, na medida que pode atingir um número bem maior de usuários, alcançando centenas de pessoas.

Ressalte-se, ainda, que a conduta aqui apurada visava a obtenção de lucro fácil, mediante procedimento delituoso, de grande porte, consistente na execrável mercancia de drogas ilícitas.

Registro, por oportuno, que o Juiz não pode ficar adstrito ou vinculado apenas à primariedade e bons antecedentes do acusado, pois o art. 59, do Código Penal, também determina o sopesamento dos motivos, das circunstâncias e das conseqüências do crime, os quais, no caso *sub judice*, dispensam maiores digressões, ante a quantidade de droga encontrada em poder das acusadas e sua destinação.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou que:

"A grande quantidade de drogas apreendida pode e deve ser utilizada na dosimetria" (STJ, HC 10.165, Rei. Min. Félix Fischer).

A redução das penas para as recorrentes seria um prêmio para quem efetivamente não o merece, dada a comprovada prática de atividade criminosa a que se dedica o agente quando faz do delito seu meio de sobrevivência, circunstância verificada mediante a análise dos elementos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convicção constantes dos autos.

Correto o regime prisional estabelecido, conforme dispõe a Lei nº 11.464/07.

Tenho que não há ilegalidade na sentença ao deixar de aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Como visto, o magistrado negou o benefício com base na variedade, na grande quantidade de droga apreendida e no modo como acondicionada para a mercancia, circunstâncias utilizadas para asseverar que a paciente dedica-se à atividade criminosa.

Verifica-se, portanto, que as instâncias ordinárias, com base em elementos probatórios constantes dos autos, concluíram que a paciente se dedica ao comércio de drogas de forma rotineira, situação em que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça entende não incidir o disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PENA-BASE. REDUÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIA INADEQUADA. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. INAPLICABILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. RÉU PERTENCENTE A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

1. Somente se conhece de habeas corpus, visando a redução da pena-base, se demonstrada flagrante ilegalidade, ausente na espécie, dada a expressiva quantidade de droga apreendida (quase novecentos gramas de cocaína), que motivou a consideração desfavorável das consequências.

2. Essa constatação, aliada ao fato de que, conforme fixado na sentença condenatória, é o réu pertencente a organização criminosa, afastam a causa especial de diminuição do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006.

3. Ordem conhecida em parte e, nesta extensão, denegada. (HC 113.007/MS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 21.02.2011.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. PACIENTE QUE, DE ACORDO COM AS INSTÂNCIAS DE MÉRITO, SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, nos delitos definidos no caput e no § 1º daquele artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Não incide a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quando as instâncias de mérito, com base nos elementos probatórios constantes dos autos - tais como interceptações telefônicas autorizadas judicialmente e depoimentos prestados sob o crime do contraditório e da ampla defesa -, concluíram que a paciente, juntamente outro corréu, se dedica ao comércio de tráfico de drogas 'de modo reiterado, organizado e habitual e faziam do tráfico seu meio de vida'.

3. Para se chegar a conclusão diversa, ademais, seria imprescindível o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reexame de fatos e provas que permeiam a lide, ao que não se presta o procedimento sumário e documental do *habeas corpus*. Precedentes.

4. Ordem denegada. (HC 126.707/SP, Relator Ministro Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP, Sexta Turma, DJe de 05.04.2010.)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

[...]

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

3. É inaplicável a minorante legal à ré que não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente a não se dedicar a atividades criminosas e a não-integrar organização criminosa.

[...]

(HC 124.473/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 30.11.2009.)

Ressalte-se, por fim, que, no caso vertente, a conclusão de que a paciente se dedica a atividades criminosas não ocorreu com base em meras conjecturas ou suposições, mas, isto sim, a partir de elementos concretos. Sendo de destacar o modo como estavam acondicionados parte dos entorpecentes (462 papérolas), bem como, dada a apreensão de munições, arma de fogo, aparelhos de celular e 5 balanças de precisão (fl. 21).

E, para se chegar a conclusão diversa, seria imprescindível o reexame de fatos e provas, ao que não se presta o procedimento sumário do *habeas corpus*. A propósito, o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. GUARDA E PREPARO DE 1,68 GRAMAS DE MACONHA, DISTRIBUÍDA EM 8 EMBALAGENS PLÁSTICAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 18, IV, DA LEI 6.368/76. CRIME COMETIDO PRÓXIMO A INSTITUIÇÃO DE ENSINO. PROFUNDO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NÃO-CABIMENTO. SUPERVENIÊNCIA DO ART. 40, III, DA LEI 11.343/06. DIMINUIÇÃO DO PERCENTUAL DA MAJORANTE. RETROATIVIDADE DA LEI NOVA MAIS BENÉFICA. AUMENTO DA PENA-BASE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIAS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUESTÃO NÃO-APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTO VÁLIDO. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. Tendo as instâncias de origem concluído que a infração foi cometida nas imediações de instituição de ensino, modificar tal conclusão, na via eleita, implicaria profunda análise e valoração de todo o conjunto fático-probatório contido no processo criminal, providência inadmissível.
2. O novo coeficiente mínimo, estabelecido no art. 40, III, da Lei 11.343/06, para as hipóteses de tráfico de entorpecentes praticado nas imediações de escola (art. 18, IV, da Lei 6.368/76), por ser norma de caráter material, deve incidir na espécie, já que mais benéfica, afastando-se, portanto, a majoração de 1/3 aplicada pelas instâncias ordinárias com base na legislação anterior.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que inquéritos e ações penais em andamento não servem como fundamento para a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.
4. A controvérsia sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foi submetida à apreciação do Tribunal de origem, o que impossibilita o conhecimento da questão, sob pena de indevida supressão de instância.
5. Tendo sido adequadamente motivada a inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ao concluir pelo não-cumprimento dos requisitos legais, diante da comprovação de que os pacientes se dedicavam a atividades criminosas, rever tal posicionamento implicaria aprofundado reexame da matéria fático-probatória, providência incabível na via estreita do habeas corpus.
6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para fixar a pena dos pacientes em 3 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 58 dias-multa. (HC 142.241/RJ, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 01.02.2010.)

Por fim, mantida a pena definitiva de 8 anos e 4 meses de reclusão, não há que se falar em regime inicial diverso do fechado.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0089837-6

HC 204.618 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 31772008 990093356732

EM MESA

JULGADO: 06/10/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

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 : DANIELA SKROMOV DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : EBONI SILVA BRANDÃO (PRESO)

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

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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