



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.369 - SP (2009/0108747-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : PEDRO JAIRO GARCES RUIZ
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : SIDNEY BENLOLO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL 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 considerável quantidade de entorpecente apreendido, somada às circunstâncias do caso concreto, levaram a crer que se dedicaria a atividades criminosas.

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. 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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2011. (Data do Julgamento).

Ministro JORGE MUSSI
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.369 - SP (2009/0108747-2)

IMPETRANTE : PEDRO JAIRO GARCES RUIZ
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : SIDNEY BENLOLO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de SIDNEY BENLOLO, contra acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional da 3ª Região/SP que conheceu em parte da Apelação n.º 2007.61.19.008260-0 e, nessa extensão, deu-lhe parcial provimento para reduzir a pena do paciente para **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa**, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática do **crime previsto no art. 33, caput, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n.º 11.343/06**.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ser aplicada ao paciente a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, ressaltando que estariam preenchidos todos os requisitos necessários para a concessão da benesse.

Argumenta que, satisfeitas todas as exigências em lei para a aplicação da minorante em questão, deveria incidir a fração máxima legalmente prevista, qual seja, 2/3 (dois terços).

Requeru, liminarmente e no mérito, fosse aplicada em favor do paciente a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, e no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

A liminar foi indeferida pelo então Relator, o Excelentíssimo Senhor Ministro Nilson Naves.

Informações prestadas.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.369 - SP (2009/0108747-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca-se, por meio do presente *writ*, seja aplicada em favor do acusado a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Da análise dos autos, verifica-se que, em 9-10-2007, o paciente foi preso em flagrante, tendo sido denunciado pela suposta prática do crime de tráfico transnacional de drogas, porque foi detido *"na área de embarque do Aeroporto Internacional de Guarulhos quando pretendia embarcar em avião da companhia KLM, com destino a Genebra/Suíça - em escala em Amsterdã/Holanda - transportando **525,2 gramas de cocaína**, acondicionadas sob a palmilha de um pé do par de tênis que trazia consigo dentro de uma mala"* (e-STJ fl. 23).

Julgada procedente a incoativa, o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para reduzir a pena-base imposta ao acusado, tornando a sua reprimenda definitiva em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa**, mantida, no mais, a sentença condenatória.

No que tange ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, o juiz singular entendeu inviável a concessão da benesse em favor do paciente, pelos seguintes fundamentos:

[...] verifico óbice intransponível para a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de regência.

Observe, no presente caso, fortes indícios de que o réu se dedique às atividades criminosas, eis que carream ao presente feito vários elementos de prova, os quais, congregados, autorizam seguramente tal conclusão.

Com efeito, anoto que o réu não traz qualquer prova de sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade. Diz fazer parte de uma associação, que não tem nome nem existência jurídica. E isto data, segundo informações, de 2003. De outro lado, alega ter vindo ao Brasil para um encontro na EMBRAER, o qual sequer fora agendado previamente, mas que depois esclareceu que não se tratava bem de um encontro, mas de uma visita ao local. Não foi ao local, muito menos à cidade onde está a EMBRAER, e que contactou com a EMBRAER, por telefone, e falou com o serviço de clientes, mas não conseguiu agendar a visita. Ainda, é de se observar que em seu passaporte há registro de várias viagens curtas, de períodos de uma semana. Algumas ao Brasil, vindas da Suíça e com destino à África, o que ele próprio confirma em seu interrogatório, mas justificando-se com o fato de que tinha a intenção de abrir um Consulado com o seu amigo, no Rio de Janeiro.

Observo, também, incongruência com o fato de que alguém que se diz bem sucedido ganhando cerca de R\$ 6.000,00 dólares a cada 45 dias, hospede-se em um hotel cuja diária custa R\$ 35,00.

Feitas essas considerações, incabível a aplicação da diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 [...]. (e-STJ fl. 82)

A Corte impetrada, por sua vez, reportando-se a julgado do Supremo Tribunal Federal, manteve o afastamento da minorante em questão, por entender que não estariam preenchidos os requisitos necessários para a concessão da benesse. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho do acórdão impugnado, *verbis*:

O § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 não incide. Para que fosse possível a aplicação da benesse, seria necessária a prova extrema de dúvidas da concorrência dos quatro requisitos exigidos na forma, o que não ocorreu. Nesse sentido, é o recente julgado da 1ª Turma do STF, trazido no informativo n.º 535, verbis:

Para que a redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 seja concedida, não basta que o agente seja primário e tenha bons antecedentes, sendo necessário, também, que ele não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Com base nesse entendimento, a Turma desproveu recurso ordinário em habeas corpus no qual se pleiteava a incidência da referida causa especial de diminuição de pena a condenado pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes na vigência da antiga Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76, art. 12). Aduziu-se que, na espécie, a dedicação do recorrente ao tráfico de drogas ficara devidamente comprovada nos autos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e que não fora afastada pela defesa na apelação e nas demais impetrações posteriores. Os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto também denegaram o recurso, mas por fundamento diverso, consentâneo com a óptica do tribunal estadual, no sentido de que o aludido § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não se aplica à situação concreta regida pela Lei 6.368/76, sob pena de se olvidar o critério unitário, chegando ao conglobamento com o surgimento de uma nova regra normativa.

RHC 94802/RS, rel. Min. Menezes Direito, 10.2.2009. (RHC-94802). (e-STJ fl. 24)

Com efeito, dispõe o § 4º do art. 33 da mencionada lei federal:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste 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.

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).

In casu, embora o paciente seja tecnicamente primário e de bons antecedentes, infere-se que as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa especial de diminuição em comento com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais levaram a crer que ele se dedicaria a atividades criminosas, pois, além de não ter feito prova de que exerceria atividade lícita, consta em seu passaporte "*várias viagens curtas, de períodos de uma semana. Algumas ao Brasil, vindas da Suíça e com destino à África*" (e-STJ fl. 82), não se podendo olvidar a considerável quantidade de drogas apreendida com o paciente quando tentava embarcar para o exterior transportando 525,2 gramas de cocaína, circunstâncias que evidenciam a impossibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena ora em comento, como pretendido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consoante bem asseverou o juiz sentenciante.

E, assim decidindo, não se pode dizer que a Corte originária incidiu 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 rechaçou 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)

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0108747-2

HC 138.369 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200761190082600

EM MESA

JULGADO: 22/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PEDRO JAIRO GARCES RUIZ

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

PACIENTE : SIDNEY BENLOLO (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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.