



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.383 - SP (2012/0029452-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ANA PAULA KAYAMORI DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO DOS SANTOS RIBEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. ART. 42 DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, quando a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - **77 invólucros de maconha, 350 invólucros de crack, e 121 invólucros de cocaína** -, levaram a Corte impetrada a conclusão que o agente não se tratava de traficante ocasional, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicava rotineiramente a atividade criminosa.

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.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO.

1. Não preenchido o requisito objetivo para a concessão da permuta, já que a pena definitivamente estabelecida é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado no tocante à negativa de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 26 de junho de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.383 - SP (2012/0029452-1)

IMPETRANTE : ANA PAULA KAYAMORI DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO DOS SANTOS RIBEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de REGINALDO DOS SANTOS RIBEIRO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento da Apelação n.º 0505847-77.2010.8.26.0000, interposta pelas partes, deu provimento apenas ao recurso do Ministério Público para afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, aumentando a reprimenda do paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33 da referida Lei de Drogas.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a redução da reprimenda pela aplicação do previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 seria direito subjetivo do paciente, tendo em vista que é primário, possui bons antecedentes, não se dedica à prática de atividade ilícita, nem integra organização criminosa.

Argumenta que apenas a quantidade de substância entorpecente apreendida não autorizaria a conclusão de que o denunciado tivesse sua vida dedicada à atividade criminosa, ou que integrasse organização criminosa.

Alega que o paciente faria jus à substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, bem como à fixação do regime aberto, aduzindo que somente poderia ser imposto o modo de execução mais severo se observados os critérios previstos nos arts. 33 e 59 do Código Penal.

Destaca que o STF estaria reconhecendo a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade, bem como do estabelecimento de regime aberto aos condenados por tráfico de drogas,.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz que a decisão proferida no HC 97.256/RS, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Ayres Britto, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 33, § 4º e do art. 44, ambos da Lei 11.343/06, no ponto em que vedavam a conversão da sanção reclusiva por medidas alternativas, pois embora proferida em sede de controle difuso da constitucionalidade, foi proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, *"e, tendo em vista a moderna teoria constitucionalista da abstrativização do controle difuso da constitucionalidade, seus efeitos se irradiam para todas as decisões dos Tribunais inferiores, não sendo possível ignorá-la"* (fls. 13).

Requeru, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, para que seja aplicada a causa de diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, substituída a sanção reclusiva por restritiva de direitos, bem como fixado o regime aberto.

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 233.383 - SP (2012/0029452-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à reprimenda de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia **17-4-2010**, conforme consta da exordial acusatória, trazia consigo, para fins de comercialização, *"77 (setenta e sete) invólucros plásticos contendo Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como maconha, 350 (trezentos e cinquenta) invólucros de alumínio contendo cocaína em forma de crack, e 121 (cento e vinte e um) invólucros plásticos contendo cocaína em pó"* (fls. 15).

Inconformadas, as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, dando-se provimento apenas ao recurso do Ministério Público para afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, aumentando a reprimenda do paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da referida Lei de Drogas.

Opostos embargos de declaração pela defesa, foram acolhidos *"para declarar o v. Acórdão de fls. 142/148, para que dele seja retirado o acréscimo de 1/6 (um sexto) pela causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, tornando a pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa"* (fls. 35).

Relativamente à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o Tribunal de origem afastou a incidência do benefício sob os seguintes fundamentos:

Por outro lado, o recurso interposto pelo Ministério Público é de ser provido.

Para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, é indispensável que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Não resta dúvida de que tal causa de diminuição de pena é de ser aplicada apenas àquele que tenha praticado o delito de maneira isolada, como um pequeno deslize em sua vida, ainda que penalmente punível.

Aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida, mesmo que não tragam em sua folha de antecedentes condenações por outros crimes, não fazem jus ao benefício. A causa de redução deve ser aplicada em caráter excepcional, em situações específicas, quando não houver dúvidas de que o réu veio a cometer o ato como um desvio em sua vida, e não de modo contumaz e habitual.

No caso dos autos, ficou demonstrado que o apelado não pode, de forma alguma, ser considerado como traficante ocasional, pois, pela quantidade e diversidade da droga apreendida em seu poder, 350 (trezentos e cinquenta) porções de crack, 121 (cento e vinte e um) porções de cocaína em pó, e 77 (setenta e sete) porções de cocaína, e do fato de ter se declarado desocupado (fls. 16) apurou-se que praticava tráfico de entorpecentes rotineiramente, o que demonstra que realmente se dedicava à atividade criminosa, motivo pelo qual não é de ser aplicada a causa de redução de pena pleiteada.

Por tais fundamentos, restou demonstrado que o apelado não praticou o delito de maneira isolada, eventual, mas que vinha fazendo do tráfico de substância entorpecente seu meio de vida.

Assim não é de ser aplicada a causa de redução de pena, uma vez comprovado que se dedicava ele a atividade criminosa. (fls. 87/88)

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 de origem deixou de aplicar o referido benefício pois *"ficou demonstrado que o apelado não pode, de forma alguma, ser considerado como traficante ocasional, pois, pela quantidade e*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diversidade da droga apreendida em seu poder, 350 (trezentos e cinquenta) porções de crack, 121 (cento e vinte e um) porções de cocaína em pó, e 77 (setenta e sete) porções de cocaína, e do fato de ter se declarado desocupado (fls. 16) apurou-se que praticava tráfico de entorpecentes rotineiramente, o que demonstra que realmente se dedicava à atividade criminosa" (fls. 88).

Com efeito, consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante quando portava e mantinha em depósito, o total de **77 invólucros plásticos contendo maconha, 350 invólucros de alumínio contendo crack, e 121 invólucros plásticos contendo cocaína, ou seja, 548 porções de variados tipos de droga**, quantidade e diversidade que levou a Corte impetrada a concluir que não se tratava de traficante ocasional, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicava rotineiramente a atividade criminosa.

E, como já se decidiu:

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. PENA DEFINITIVA DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIALMENTE FECHADO. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. REDUÇÃO DE 1/6 ATÉ 2/3 DA PENA. RETROATIVIDADE DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O RÉU. PACIENTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS, SEGUNDO RECONHECIDO PELO JUIZ DA VEC. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO.

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, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Tal dispositivo faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.

3. No caso concreto, sua aplicação se mostra inviável, uma vez reconhecido, pelo Juiz da VEC, que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tanto assim que foi surpreendido com razoável quantidade de droga (20 pedras de crack e uma porção de maconha), que era comercializada por adolescentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denotando atuação verdadeiramente organizada para a mercancia ilícita.

4. Conclusão diversa demandaria o revolvimento de fatos e provas, providência vedada em sede de Habeas Corpus, que possui rito célere e pressupõe prova pré-constituída do direito alegado. Precedentes.

5. Parecer do MPF pela concessão do writ.

6. Ordem denegada, no entanto.

(HC 149.526/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011 - destacamos)

No mesmo vértice, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória e no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias ressaltaram que a quantidade da droga apreendida com o Paciente - 263 invólucros plásticos com "cocaína" - evidencia o seu grau envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.

3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min.

CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.) 4. Ordem denegada.

(HC 208.376/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011 - grifamos)

Desta forma, não se pode dizer que Corte de origem 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, igualmente não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena do paciente foi estabelecida definitivamente em **5 (cinco) anos de reclusão**, ou seja, é superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Quanto ao regime prisional estabelecido, destaque-se que o crime de tráfico de drogas foi cometido pelo paciente em **17-4-2010**, após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007 que, introduzindo nova redação ao artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos mencionados delitos e equiparados, de sorte que não se mostra possível, em princípio, a fixação de regime inicial diverso do imposto ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0029452-1

HC 233.383 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50100321046 7612010

EM MESA

JULGADO: 26/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANA PAULA KAYAMORI DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : REGINALDO DOS SANTOS RIBEIRO

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

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.