



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.276 - SP (2011/0005216-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONSON LUIZ ALVES PEREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não obstante o paciente seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, infere-se que a Corte estadual negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento com base nas circunstâncias do caso concreto e na quantidade de drogas apreendidas em seu poder – 66 porções de cocaína na forma de crack e 2 porções de cocaína –, as quais levaram a crer que o sentenciado se dedicaria a atividades delituosas, especialmente ao cometimento do narcotráfico.

2. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

3. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

4. Não há como substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que o paciente restou definitivamente condenado à pena de 5 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 44 do Código Penal.
5. 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, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 12 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.276 - SP (2011/0005216-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de **Jonson Luiz Alves Pereira**, apontando como autoridade coatora a Nona Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento à Apelação n. 990.10.232046-4, interposta pelo *Parquet*, para afastar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, elevando a reprimenda do paciente para 5 anos de reclusão, mais multa, bem como para afastar a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos e alterar o modo de cumprimento de pena do aberto para o inicial fechado, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática do crime de tráfico de drogas.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que deveria ser aplicada, em favor do paciente, a causa especial de diminuição de prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ressaltando que a Corte estadual não teria apontado elementos concretos que efetivamente demonstrassem a ligação do acusado com organização criminosa.

Requeru, liminarmente, pudesse o paciente aguardar em liberdade o julgamento final do presente *writ*. No mérito, pugna pela aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida em decisão exarada pela Presidência deste Superior Tribunal.

Informações prestadas.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.276 - SP (2011/0005216-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais multa, substituída a sanção reclusiva por restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque, no dia 30/7/2009, em uma região de São Paulo/SP denominada de "Cracolândia", guardava e tinha em depósito, para fins de revenda, **66 porções de cocaína na forma de crack e 2 porções de cocaína**, embaladas em sacos plásticos transparentes, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inconformado, o Ministério Público estadual interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado provimento para afastar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, elevando a reprimenda do paciente para **5 anos de reclusão**, mais multa, bem como para afastar a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos e alterar o modo de cumprimento de pena do aberto para o inicial fechado.

Quanto à causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Tribunal impetrado, ao dar provimento ao recurso ministerial, assim fundamentou (fls. 26/27):

Não há notícia nos autos de que o apelado se dedicasse a qualquer atividade lícita a não ser a prática da traficância. Pelo contrário: o apelado confessou informalmente à policial [...] que vendia cocaína no local pela importância de vinte reais e o crack por dez reais, ficando com a metade do dinheiro auferido [...].

Além disso, a folha de antecedentes juntada a fls. 61 noticia a existência de outro processo onde o apelado também responde por tráfico ilícito de entorpecentes e já foi condenado à pena de dois anos e seis meses de reclusão, mais o pagamento de duzentos e cinquenta dias-multa [...] por meio de sentença publicada em 25 de março de 2010.

É importante citar que, naquela ação penal - Proc. 77451/2008 - o apelado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi preso em flagrante delito no mesmo local mencionado nos presentes autos, praticando o mesmo crime.

É óbvio que tal condenação não tem o condão de afastar a primariedade técnica ou mesmo de configurar maus antecedentes, pela vedação imposta na Súmula 444 do STJ, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo cominado para o tipo penal. Mas tal informação pode e deve ser considerada para afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois há, sim, fortes indícios de que o apelado efetivamente se dedica à atividade criminosa em questão.

[...]

Destarte, por todos esses motivos e pelas razões constantes das manifestações do Ministério Público em ambas as instâncias - as quais adoto como parte integrante deste voto - precipuamente no que diz respeito à quantidade de entorpecente apreendida, que não é ínfima e só reforça a tese de que o apelado realmente se dedicava à prática ilícita tratada nos autos, afasto o benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da mencionada lei federal, *in verbis*:

§ 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.

De plano, cumpre salientar que a *mens legis* da causa especial de diminuição prevista no art. § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir, com menor rigor, o pequeno traficante, que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, mas que, cometendo um fato isolado na sua vida, acaba por incidir na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal. Tanto é assim que exige, além da primariedade e dos bons antecedentes, a não integração em organização criminosa e a não dedicação a atividades delituosas.

Na espécie dos autos, não obstante seja o paciente tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, infere-se que a Corte estadual negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais levaram a crer que o sentenciado se **dedicaria a atividades delituosas**, especialmente ao cometimento do narcotráfico, tendo em vista que já foi condenado em outra ação penal também



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela prática do crime de tráfico de drogas, por fatos ocorridos no mesmo local do mencionado nos presentes autos, qual seja, em uma região da capital paulista conhecida como "Cracolândia", elementos que, somados à quantidade e à natureza das substâncias entorpecentes apreendidas em seu poder – **66 porções de cocaína na forma de crack e 2 porções de cocaína** –, impedem a aplicação da minorante em questão.

Por essas razões, não há como considerar que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, uma vez que apontou elementos concretos que evidenciam a ausência de cumprimento das exigências para a aplicação da benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sendo certo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedicaria a atividades delituosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. REFORMA DA SENTENÇA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONDENAÇÃO. EXPEDIÇÃO AUTOMÁTICA DE MANDADO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 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.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, pois concluído pelo Tribunal de origem que pertence a organização criminosa.

3. Para se chegar a conclusão diversa, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes do STJ.

[...]

7. *Habeas corpus* parcialmente concedido para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado na ação penal aqui tratada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n. 189.432/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 1º/7/2011)

No que se refere à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o Tribunal impetrado entendeu inviável proceder-se à permuta, pelos argumentos abaixo expostos (fl. 28):

[...]

A quantidade da pena ora imposta, por si só, impede a aplicação do art. 44 do Código Penal. E, como bem observado pelo *Parquet*, o art. 44 da Lei n. 11.343/06 veda a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos.

[...]

Certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões constantes dos arts. 33, § 4º, e 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Mas, para a substituição da sanção privativa de liberdade por penas alternativas, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da benesse, previstos no art. 44 do Código Penal, que estabelece que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Dessa forma, na hipótese que se apresenta, mostra-se inviável proceder-se à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que o paciente restou definitivamente condenado à pena de **5 anos de reclusão**, superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. 1. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AUMENTO PROPORCIONAL. 2. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVOS. AUSÊNCIA. 3. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. 4. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

[...]

2. **Aplicada pena superior a 4 anos e valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais, não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

[...]

4. Ordem concedida em parte para, mantendo a pena de 4 anos e 10 dias e reclusão, bem como o pagamento de 59 dias-multa, fixar o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

(HC n. 73.088/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/5/2009 – grifo nosso)

Ante o exposto, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0005216-3

HC 194.276 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12412009 50090605071 990102320464

EM MESA

JULGADO: 12/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONSON LUIZ ALVES PEREIRA

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

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