



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.858 - SP (2012/0087147-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : CLARISSA PORTAS BAPTISTA DA LUZ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO DE LIMA AGUIAR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

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. Não há constrangimento ilegal na não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, quando evidenciado que o réu dedica-se a atividades criminosas.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E IMPOSIÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. BENEFÍCIOS OBJETIVAMENTE INVIÁVEIS. PREJUDICIALIDADE DO *MANDAMUS* NESSES PONTOS.

1. Ausente ilegalidade na reprimenda fixada pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos e o estabelecimento do regime aberto para o início do resgate da sanção, pois objetivamente inviáveis na hipótese, de acordo com os arts. 44, I, e 33, § 2º, c, ambos do CP.

2. Ordem denegada, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas e à imposição do regime aberto para o início do resgate da sanção.

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 e julgar prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas e à imposição do regime aberto para o início do resgate da sanção. Os Srs. Ministros Marco Aurélio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 02 de agosto de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.858 - SP (2012/0087147-9)

IMPETRANTE : CLARISSA PORTAS BAPTISTA DA LUZ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO DE LIMA AGUIAR (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LEANDRO DE LIMA AGUIAR, condenado ao cumprimento de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n.º 0005424-87.2011.8.26.0050.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para justificar a negativa de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, aduzindo, ainda, que deveria ser substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como fixado modo de execução mais brando.

Reclama que o afastamento da referida minorante com supedâneo na existência de maus antecedentes em desfavor do sentenciado teria sido indevida, isto porque não seria definitiva a condenação utilizada pelo magistrado singular para valorar negativamente tal circunstância judicial.

Argumenta que: "*Os bons antecedentes, bem como a primariedade dos acusados em processo penal, só podem ser infirmados à vista de certidões de objeto e pé em que se atestem proferidas contra eles decisões condenatórias com trânsito em julgado*" (fls. 6).

Assevera que embora tenha sido afirmado pelas instâncias ordinárias que o paciente seria reincidente, não consta nos autos qualquer documento que comprove tal afirmação.

Acrescenta que, com o eventual afastamento dos maus antecedentes e da reincidência do paciente e a consequente redução da reprimenda que lhe foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta, cabível seria o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista não mais subsistir, no ordenamento pátrio, a vedação legal à concessão do referido benefício aos condenados pelo crime de tráfico de drogas.

Defende que, em se reconhecendo a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais e, desde que fixada a pena privativa de liberdade em patamar igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, possível o estabelecimento do regime inicial aberto para a execução da reprimenda.

Requeru, liminarmente, a expedição do competente alvará de soltura em favor do paciente para que pudesse aguardar em liberdade o julgamento definitivo do presente remédio constitucional, e, no mérito, pugna pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 em seu patamar máximo, pela conversão da sanção reclusiva em restritiva de direitos, e pela modificação do regime prisional para o 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 240.858 - SP (2012/0087147-9)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo consta da denúncia, no dia 18-1-2011, foi flagrado, guardando, *"para entregar ao consumo de terceiros, 18 porções contendo 23,2 gramas da erva 'Cannabis sativa L' e 07 porções contendo 5,3 gramas de cocaína"* (fls. 29).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantida, na íntegra, a sentença condenatória.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente do afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, pelas instâncias ordinárias, verifica-se que juiz sentenciante entendeu inviável o reconhecimento da benesse, considerando que: *"o réu ostenta maus antecedentes, inclusive com condenação por roubo duplamente qualificado"* (fls. 40).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve o afastamento da minorante sob os seguintes fundamentos:

A reincidência inibe a concessão de qualquer favor e recomenda o juízo de intolerância em correspondência com a dicção legal. (fls. 101)

Dos elementos que instruem os autos, retira-se que:

As drogas apreendidas sob a responsabilidade do réu estavam acondicionadas em porções, em tais condições, aptas a serem vendidas no varejo; o réu admitiu ser traficante e que estava naquele local vendendo drogas. Além disso, o local onde ocorreu a prisão em flagrante do réu é conhecido como ponto de tráfico de drogas e o réu registra condenação por roubo, sendo afeito à prática de delitos. (fls. 122)

Assim, na hipótese que se apresenta, verifica-se que as instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinárias afastaram a incidência da benesse em comento em razão da existência de uma condenação anterior em desfavor do paciente, a qual evidencia que dedica-se a atividade criminosa, deixando, assim, de preencher um dos requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para a concessão do benefício.

Com efeito, 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.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA QUE, POR SI SÓ, IMPEDE SUA APLICAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, os Pacientes não preenchem os requisitos legais, tendo em vista se dedicarem à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do habeas corpus, rever a conclusão exarada pela instância ordinária, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.

2. Segundo entendimento desta Corte, quando não aplicada a causa de diminuição inserta no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, é obrigatória a fixação de regime prisional inicial fechado aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, se cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 179.738/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012)

Dessa forma, não há constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pela não aplicação do previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Mantida a reprimenda do paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos e o estabelecimento do regime aberto para o início do resgate da sanção, pois objetivamente inviáveis na hipótese, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordo com os arts. 44, I, e 33, § 2º, c, ambos do CP.

Ante o exposto, denega-se a ordem, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas e à imposição do regime aberto para o início do resgate da sanção.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0087147-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 240.858 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50110054245 54248720118260050 782011

EM MESA

JULGADO: 02/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLARISSA PORTAS BAPTISTA DA LUZ - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LEANDRO DE LIMA AGUIAR (PRESO)

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 e julgou prejudicado o pedido no tocante à substituição da pena reclusiva por medidas alternativas e à imposição do regime aberto para o início do resgate da sanção."

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.