



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 184.492 - SP (2010/0166633-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : GIOVANNA BLANCO MAGDALENA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO COSTA DE ALMEIDA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. COMETIMENTO NAS PROXIMIDADES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO III DO ART. 40 DA LEI 11.343/06. ALMEJADO AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a elevação da pena em razão da aplicação da causa de aumento prevista no inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/06 se dá exclusivamente em função do lugar do cometimento do delito.

3. Tendo o Tribunal de origem reconhecido que o paciente cometeu o delito nas proximidades de estabelecimento de ensino, correta a elevação da pena em razão do contido no art. 40, III, da Lei de Drogas.

PROCESSUAL-PENAL. DOSIMETRIA. ACÓRDÃO. ERRO MATERIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. VÍCIO SANADO DE OFÍCIO.

1. Constatada a ocorrência de erro material na dosimetria da pena pelo Tribunal impetrado, que acabou agravando a situação do condenado, merece o equívoco corrigido de ofício, retificando-se a pena aplicada.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 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, porquanto a diversidade e quantidade das drogas apreendidas - **37,6 gramas de maconha, 52 porções de cocaína e 72 porções de crack** - assim como as circunstâncias em que cometido o delito, levaram à conclusão que não se tratava de traficante ocasional, dedicando-se a atividade criminosa.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas nem seria integrante de organização voltada à prática de crimes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, **concedendo-se, no entanto, *habeas corpus* de ofício** apenas para sanar erro material constante do acórdão impugnado, declarando-se que a pena do paciente findou definitiva em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 582 (quinhentos e oitenta e dois) dias-multa.**

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 conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. 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), 02 de agosto de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 184.492 - SP (2010/0166633-0)

IMPETRANTE : GIOVANNA BLANCO MAGDALENA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO COSTA DE ALMEIDA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de RODRIGO COSTA DE ALMEIDA contra acórdão da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento à Apelação Criminal n.º 990.09.363181-4, interposta pelo *Parquet*, para condenar o paciente à pena de **6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, e 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/06**, por ter sido apreendido em seu poder 16 (dezesseis) porções de maconha, 52 (cinquenta e duas) porções de cocaína e 72 (setenta e duas) porções de *crack*, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (fls. 40).

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que para incidir a causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas seria necessária a comprovação de que a prática delitiva tinha como objetivo atingir os adolescentes e as crianças presentes no estabelecimento de ensino, não sendo suficiente para o referido gravame a curta distância entre o local e o ponto de venda de entorpecentes.

Alega que sendo o sentenciado primário, de bons antecedentes, tendo sido a pena-base fixada no mínimo legal dada a favorabilidade das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não integrando organização criminosa e nem se dedicando a atividades ilícitas, teria ele o direito subjetivo à redução de sua pena nos termos previstos no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, não sendo a quantidade do entorpecente apreendido, empecilho para o reconhecimento da redutora, uma vez que não elencados no referido dispositivo legal como condição para tal, podendo, no máximo, influir no *quantum* de redução.

Defende a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a redação conferida pela Lei n.º 11.464/07, por violação ao princípio da individualização da pena, devendo ser analisadas as condições previstas no art. 33, § 2º, do CP, para a fixação do regime de cumprimento da reprimenda, o que conferiria ao sentenciado o direito ao modo inicial aberto.

Assevera que, com o advento da Lei n.º 11.464/07, teria ocorrido a derrogação do art. 44 da Lei Antitóxicos, entendimento este que encontraria respaldo em julgados do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual o apenado faria jus à substituição de sua sanção reclusiva por restritivas de direitos.

Requeru, liminarmente, a concessão da ordem constitucional para que pudesse o paciente aguardar em liberdade o julgamento final do presente *mandamus*. No mérito, pugna pela redução da pena imposta ao sentenciado, pela fixação do regime inicial aberto e, por fim, pela substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela *"denegação da ordem, mas pela concessão de habeas corpus de ofício com o fim de reduzir a pena, por erro material, fixando-a no patamar de cinco anos e dez meses"* (fls. 81).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 184.492 - SP (2010/0166633-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi denunciado por violação ao art. 33, caput, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06, pelo cometimento dos seguintes fatos:

Consta do incluso Inquérito Policial, iniciado através de auto de prisão em flagrante que, no dia 13 de junho de 2.009, por volta das 12:50 horas, à Rua Rio Imbúrana, altura do nº 395 - CJ Bonifácio, nesta Comarca de São Paulo, "Rodrigo Costa de Almeida", qualificado, respectivamente, às fls. 13, 15 e 16, fora surpreendido por Policiais Militares quando, portava, mantinha em depósito e sob sua guarda para fins de tráfico ilícito de entorpecente com terceira pessoa, 17 (dezessete) "trouxinhas" da substância entorpecentes conhecida por "maconha", com peso total de 37,6gr., 52 (cinquenta e dois) supositórios de plástico contendo em seu interior a substância entorpecente conhecida por "cocaína", com peso total de 33,2gr. e 72 (setenta e dois) "pedras de crack", substância tóxica confeccionada com "cocaína", com peso total de 20,8gr. que submetidas a exames revelaram resultado positivo para "Cannabis Sativa L" e "cocaína", substâncias entorpecentes que determinam dependência física ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar cf. Auto de exibição e apreensão (fls. 07/08) e auto de constatação (fls. 09). Bem como, o denunciado perpetrava o narcotráfico nas proximidade dos estabelecimento de ensino "E. E. São José Operário" e "E. E. Professor Anísio Teixeira, cf. Croqui em anexo. (fls. 12)

Finda a instrução criminal, findou o agente absolvido, com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso para condená-lo à pena de **6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao pleito de afastamento da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06 - tráfico de drogas cometido nas imediações de estabelecimento de ensino -, o Tribunal a *quo* reconheceu a referida causa de aumento, majorando a pena imposta ao paciente, pelos seguintes fundamentos:

Incide, a seguir, o aumento mínimo de 1/6 (um sexto), relativo à causa especial de aumento de pena prevista no inc. III do art. 40 da Lei 11.343/06 cujo reconhecimento encontra seguro apoio nos autos (fl. 32). (fls. 42)

Inicialmente, verifica-se que, com razão o *Parquet*, quando aponta a ocorrência de erro material na dosimetria da pena, salientando que:

Conforme se verifica à fl. 70, na dosimetria da pena, o desembargador relator fixou-a no mínimo legal, que é de cinco anos, e, ao fazer incidir a fração de aumento referente à circunstância do artigo 40, III, chegou ao total de seis anos. Ora, o aumento deu-se na fração de 1/6, que calculado sobre cinco anos (60 meses), é igual a apenas 10 meses.

Assim, o total da pena deve ser de cinco anos e dez meses, não de seis anos. (fls. 81)

Assim, e nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, de ser concedido *habeas corpus* de ofício para sanar o erro material havido na sentença ou no acórdão, exatamente o que ocorreu na espécie, de ser declarado o equívoco, retificando-se a pena imposta ao paciente definitivamente para **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 582 (quinhentos e oitenta e dois) dias-multa**, sanando-se o vício apontado.

No mérito, eis o disposto no inciso III do art. 40 da mencionada lei federal, *verbis*:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

*III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou **imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino** ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;
[...]. (Grifos próprios)*

Segundo GUILHERME DE SOUZA NUCCI, a majorante em comento se justifica *"quando for maior a aglomeração de pessoas, e mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga, razão pela qual se justifica a causa de aumento da pena"* (In: *Leis penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 793).

No mesmo sentido é a doutrina de Clóvis Alberto Volpe Filho, segundo o qual *"a razão da causa de aumento é porque, nesses locais, a droga consegue se difundir com maior facilidade, duplicando sua potencialidade lesiva ao corpo social. Esse locais são mais suscetíveis para a propagação de tóxico, além de ser alto o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados grupos"* (In: *Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas - Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Parte II* - www.direitonet.com.br).

Assim, razoável o entendimento de que o aumento de pena previsto no inciso III do art. 40 da Nova Lei de Drogas não se limita apenas àquelas hipóteses em que o sujeito, efetivamente, ofereça a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam frequentando esses locais determinados, devendo incidir como forma de diminuir a possibilidade de oferta de drogas nesses lugares elencados pela lei.

De se destacar, outrossim, o posicionamento desta colenda Quinta Turma, quando do julgamento do HC n.º 159.026/SP, no qual se afirmou que: *"A simples comprovação da prática do tráfico nas imediações de estabelecimento de ensino atende aos ditames legais e é suficiente para justificar o recrudesimento da pena, sendo dispensável tecer considerações quanto às pessoas que seriam alvo do comércio das drogas"* (Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), julgado em 15/05/2012, DJe 15/06/2012).

No mesmo norte:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. CRIME COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. EXCLUSÃO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
1. Não há constrangimento ilegal no reconhecimento da causa*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que restou devidamente comprovado que o paciente atuava próximo a um estabelecimento de ensino, pouco importando se ele estava ou não visando especialmente atingir estudantes desse estabelecimento ou efetivamente comercializando entorpecentes diretamente com os alunos da escola.

2. Ordem denegada.

(HC 181.050/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 19/03/2012)

Por essas razões, tendo o Tribunal de origem destacado que o *"reconhecimento encontra seguro apoio nos autos (fl. 32)"* (fls. 42), não há ilegalidade na preservação da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06.

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 negou a incidência do benefício, sob os seguintes fundamentos:

O réu, embora primário e sem antecedentes criminais (fls. 40), não faz jus à redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois a variedade e a expressiva quantidade de entorpecentes, à evidência, bem como o fato da prática ilícita em questão ter sido desenvolvida nas imediações de estabelecimento de ensino, projetam razoável envolvimento com a criminalidade organizada referente ao comércio clandestino de drogas. (fls. 42)

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 em razão da *"variedade e a expressiva quantidade de entorpecentes, à evidência, bem como o fato da prática ilícita em questão ter sido desenvolvida nas imediações de estabelecimento de ensino, projetam razoável*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envolvimento com a criminalidade organizada referente ao comércio clandestino de drogas" (fls. 42).

Com efeito, consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante quando portava e mantinha em depósito, nas proximidades de um estabelecimento de ensino, o total líquido de **37,6 gramas de maconha, 52 (cinquenta e duas) porções de cocaína e 72 (setenta e duas) porções de crack**, prontos para o comércio ilegal (fls. 12), quantidade suficiente para atingir um número enorme de usuários, circunstâncias que levaram a Corte originária a concluir pela diferenciada potencialidade lesiva da conduta criminosa *sub judice*, haja vista a quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos, evidenciando o seu grau de envolvimento com a narcotraficância, levando à conclusão de que não se tratava de traficante ocasional.

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, denotando atuação verdadeiramente organizada para a mercancia ilícita.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ou se teria ligação com organizações 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)

Assim, ausente constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto.

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 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, **concedendo-se, no entanto, habeas corpus de ofício** apenas para sanar erro material constante do acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impugnado, declarando-se que a pena do paciente findou definitiva em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 582 (quinhentos e oitenta e dois) dias-multa.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0166633-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 184.492 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50090466039

9022009

990093631814

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 : GIOVANNA BLANCO MAGDALENA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RODRIGO COSTA DE ALMEIDA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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.