



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 177.640 - SP (2010/0119064-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONALDO SANTOS LEAL

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. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Embora o paciente seja 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 as circunstâncias que envolveram sua prisão, somadas à quantidade e ao tipo de entorpecente encontrado em seu poder - 38 porções de maconha, 16 de cocaína e 28 pedras de *crack* - levaram a conclusão de que não se tratava de traficante ocasional, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicaria a atividades delituosas.

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.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. 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.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

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.

2. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 177.640 - SP (2010/0119064-5)

IMPETRANTE : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONALDO SANTOS LEAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de RONALDO SANTOS LEAL contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao reclamo ministerial para afastar a causa de especial diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.464/2007, elevando a pena do paciente para **5 (cinco) anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, por violação ao art. 33, caput, da Lei 11.343/06** (Apelação Criminal n. 990.09.318837-6).

Alega a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não poderia ter sido afastada a redução de pena por força do previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois preenchidos os requisitos legalmente exigidos para tanto, não poderia a Corte originária excluir o benefício ao fundamento de que, diante da quantidade e variedade de drogas encontradas em seu poder, o paciente participaria de organização criminosa ou se dedicaria a atividades ilícitas, sem provas contundentes nesse sentido, salientando que meros indícios não seriam de molde a autorizar a não incidência do benefício.

Reconhecida a incidência da causa redutora apontada, sustenta que o paciente faria jus à fixação do regime aberto para o resgate da sanção, bem como à substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, ressaltando que, no seu entender, o art. 44 da Lei 11.343/06, no ponto em que veda a permuta, seria inconstitucional.

Requeru, assim, a concessão sumária da ordem para que fossem suspensos os efeitos do acórdão impugnado, concedendo-se ao paciente o regime aberto. No mérito, pugna pela redução da pena por força do art. 33, § 4º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, com sua substituição por restritivas de direitos, estabelecendo-se, ainda, o regime aberto para a sua execução.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 177.640 - SP (2010/0119064-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 (um) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º. da Lei n.º 11.343/06, porque, segundo consta da denúncia, no dia 22-3-2009, *"trazia consigo, tinha em depósito, guardava e fornecia, para o fim de entregar a consumo de terceiros, 38 (trinta e oito) tijolos de maconha, pesando 19 g, 16 (dezesseis) embalagens plásticas de cocaína, pesando 14,3 g, e 28 (vinte e oito) pedras de 'crack', pesando 11,5 g"* (e-STJ fls. 12).

Irresignada, a acusação e a defesa interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, sendo que foi negado provimento ao recurso defensivo e acolhido parcialmente o apelo ministerial para, afastando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, aumentar a sanção aplicada ao paciente para **5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da referida Lei Federal.**

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, o juiz sentenciante entendeu ser possível a incidência da benesse em favor do paciente, tendo reduzido-lhe a pena no patamar de 2/3 (dois terços), sob os seguintes fundamentos:

Sendo o réu primário, não se dedicando a atividades delituosas e não integrando organização criminosa, diminuo a pena aplicada em 2/3, para fixá-la em 01 ano e 08 meses de reclusão [...]. (e-STJ fls. 20)

A Corte impetrada, por sua vez, acolhendo parcialmente o reclamo ministerial, afastou a minorante em questão, tendo em vista que:

[...] tem razão a acusação ao pretender o afastamento da aplicação do redutor § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois a causa de diminuição em foco visa a beneficiar o pequeno e eventual traficante, o que certamente não é o caso do ora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelante, apesar de primário até então, pois, como a prova colhida demonstrou, realizava tráfico reiterado de proporção considerável, ante o número e variedade de porções para venda, o que possibilitaria a disseminação de drogas diversas a inúmeros usuários, além de estar envolvendo adolescentes no comércio espúrio (e-STJ fls. 53).

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 *a quo* afastou o referido benefício sob o entendimento de que a considerável quantidade e a diversidade dos entorpecentes encontrados em poder do condenado, somadas às demais circunstâncias que envolveram a sua prisão em flagrante, *"corroborando as denúncias anteriores a respeito de o local ser ponto de tráfico, que inclusive passavam as descrições do apelante e do menor que admitiu realizar o comércio espúrio na companhia do réu, além da quantidade e variedade de drogas apreendidas e a sua forma de acondicionamento, em porções individuais, prontas para comercialização"* evidenciavam que o paciente se dedica costumeiramente à atividade criminosa de comércio de entorpecentes (e-STJ fls. 52).

Com efeito, da leitura do acórdão impugnado, percebe-se que o paciente foi encontrado na posse de 38 porções de maconha, 16 de cocaína e 28 pedras de crack (fls. 25), circunstâncias que, somadas ao fato de ter sido preso em local conhecido como ponto de venda de drogas, além de estar envolvendo menor inimputável na prática do ilícito, levaram a Corte originária a concluir que não se tratava de uma traficante ocasional, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicaria a atividades delituosas.

E, como já se decidiu:

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. PENA DEFINITIVA DE 3



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ao regime de cumprimento de pena fixado ao sentenciado, o magistrado sentenciante determinou a imposição do modo inicialmente fechado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07, entendimento que foi ratificado pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 27).

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção do paciente tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restou condenado **ocorreu em 22-3-2009** (e-STJ fls. 12), após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007, que entrou em vigor no dia 29-3-2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.

Nesse sentido, o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4º., DA LEI 11.343/06). PENA: 2 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 275 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (1 BUCHA DE MACONHA E 11 PEDRAS DE CRACK). DELITO COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07 (13.08.2008). INADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. [...].

1. Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (11 pedras de crack e 1 bucha de maconha) justificam a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

2. Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

[...]

10. *Habeas Corpus* parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. (HC n.º 187.962/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22-2-2011, DJe 21-3-2011)

Ainda, o seguinte precedente da Suprema Corte:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO.

1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal - seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado.

2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante.

3. Ordem denegada. (HC n.º 103.011/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 24-8-2010, DJe 10-9-2010)

Assim, ausente constrangimento ilegal a ser sanado neste ponto.

Por fim, no que refere-se 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.

Ante o exposto, não evidenciada a apontada ilegalidade, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0119064-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 177.640 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4252009

50090207009

50093188376

990093188376

EM MESA

JULGADO: 01/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RONALDO SANTOS LEAL

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 Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.