



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.290 - SP (2010/0209664-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : **MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **MARCELO VICENTE PEREIRA**

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. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Além de o paciente ostentar condenação definitiva anterior pela prática de roubo, revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, também porquanto a quantidade e a diversidade de entorpecentes apreendidos em seu poder e as circunstâncias que envolveram sua prisão em flagrante 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 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.

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.

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) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 18 de outubro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.290 - SP (2010/0209664-3)

IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO VICENTE PEREIRA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de MARCELO VICENTE PEREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento à Apelação Criminal n.º 990.10.185772-3, interposta pelo Ministério Público, para, afastando a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Nova Lei de Drogas, aumentar a sanção aplicada ao paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da referida Lei Federal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a referida minorante teria sido afastada pela Corte impetrada sem fundamentação idônea que justificasse a medida, ressaltando, ainda, que não haveria nos autos prova concreta da ligação do paciente com organizações criminosas, sendo que tal circunstância não poderia ser presumida pelo órgão julgador para excluir a benesse.

Requeru, liminarmente e no mérito, que fosse aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 e fosse mantida a substituição da penal privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Informações prestadas.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.290 - SP (2010/0209664-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a reprimenda corporal por restritivas de direito, 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 31-10-2009, foi flagrado trazendo consigo, para fins de comércio ilícito, "*32 porções de maconha e 13 pinos de cocaína*", tendo sido encontrada, ainda, "*no local onde o agente se encontrava antes de iniciar a fuga*", "*uma 'pochete' com outros 171 invólucros de maconha em seu interior*" (e-STJ fls. 5).

Irresignada, a acusação interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado provimento, 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 1/2 (metade), sob os seguintes fundamentos:

Embora condenado anteriormente por roubo, para que não ocorra a inconstitucional desproporcionalidade de tratamento em relação ao acusado primário, em ofensa ao direito fundamental à individualização da pena, deixo de exasperar a pena base pelos antecedentes criminais (de efeitos desproporcionais à quantidade da pena) e, com fundamento no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a reduzo na metade [...]. (e-STJ fls. 87)

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

O referido dispositivo legal autoriza a redução da pena corporal imposta ao condenado por tráfico de entorpecentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa'.

Pois bem.

*Claro como o sol que o condenado pela prática de crime foi encontrado em **atividade criminosa**. A **quantidade e diversidade de drogas** indica, também insofismavelmente, ter o paciente **relacionamento estreito com o crime organizado**, já que tais 'produtos', não se vendem nas 'boas lojas do ramo'.*

[...]

*Como não tem nenhuma outra atividade, a única conclusão a que se pode chegar é que **se dedica costumeiramente à atividade criminosa** de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir **pertencer a organização criminosa** que o abastece com a droga a ser comercializada.*

Não bastasse, a certidão de fls. 63 atesta já ter o réu sido condenado, definitivamente, por crime de roubo.
(e-STJ fls. 94/95 - destacamos)

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 deixou de aplicar o referido benefício sob o entendimento 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, evidenciavam que o paciente "**se dedica costumeiramente à atividade criminosa** de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir **pertencer a organização criminosa** que o abastece com a droga a ser comercializada" (e-STJ fls. 94/95).

Com efeito, da leitura tanto da sentença quanto do acórdão impugnado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

percebe-se que o paciente foi encontrado na posse de 32 porções de maconha e de 13 pinos de cocaína, além de ter dispensado outros 171 invólucros contendo maconha (fls. 78), circunstâncias que, somados ao fato de ter sido preso em local conhecido como ponto de venda de drogas, 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, **salientando, ainda, o órgão fracionário, que ostentava condenação definitiva anterior pelo delito de roubo**, geradora de maus antecedentes.

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.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0209664-3

HC 190.290 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 17412009 50090885210

EM MESA

JULGADO: 18/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO VICENTE PEREIRA

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) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.