



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.452 - SP (2011/0251575-5)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRÉ ALVES DA ROCHA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENHIDA 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. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 04 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Na hipótese, o Paciente não preenche os requisitos para aplicação da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006. A apreensão de grande quantidade de entorpecente (2,4 quilogramas de *maconha*, 1,7 quilograma de *cocaína* e 4 gramas de *ecstasy*) evidencia que se trata de pessoa dedicada à criminalidade ou integrante de organização criminosas, o que impede a redução de pena pretendida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.

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. Fixada a pena em tempo superior a 4 anos, como na hipótese, não se pode invocar o direito à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos (art. 44, inciso I, do Código Penal).

4. 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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.452 - SP (2011/0251575-5)

IMPETRANTE : GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRÉ ALVES DA ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRÉ ALVES DA ROCHA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, no julgamento de recurso de apelação, fixou a condenação do Paciente em 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas, e 3 anos de reclusão em regime inicial aberto, pela prática do crime de posse ou porte irregular de arma de fogo de uso restrito.

Alega-se, na presente impetração, em síntese, que o Paciente faz jus à causa de diminuição prevista no § 4.º, art. 33, da Lei n.º 11.343/06, razão pela qual se requer, liminarmente e no mérito, a minoração da reprimenda, bem assim a substituição da pena e abrandamento do regime prisional.

Indeferi a liminar à fl. 51, ocasião em que dispensei as informações.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 59/62, pela denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.452 - SP (2011/0251575-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA 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. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 04 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Na hipótese, o Paciente não preenche os requisitos para aplicação da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006. A apreensão de grande quantidade de entorpecente (2,4 quilogramas de *maconha*, 1,7 quilograma de *cocaína* e 4 gramas de *ecstasy*) evidencia que se trata de pessoa dedicada à criminalidade ou integrante de organização criminosa, o que impede a redução de pena pretendida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.

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. Fixada a pena em tempo superior a 4 anos, como na hipótese, não se pode invocar o direito à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos (art. 44, inciso I, do Código Penal).

4. Ordem denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A ordem não pode ser concedida.

Ora, a apreensão de grande quantidade de entorpecentes (2,4 quilogramas de *maconha*, 1,7 quilograma de *cocaína* e 4 gramas de *ecstasy*) impede a diminuição pretendida.

O Supremo Tribunal Federal já consignou que a quantidade da substância entorpecente é apta a caracterizar a dedicação do réu à atividade criminosa, o que é suficiente para afastar a incidência da minorante em questão. Confira-se:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO

1. O entendimento deste Supremo Tribunal é de não ser possível aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico de cada qual das leis. Precedentes.

2. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de condicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas.

3. **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.**

4. O habeas corpus não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus ao qual se nega provimento." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010; sem grifo no original.)

No mesmo sentido, os seguintes julgados desta Corte:

"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 PELO TRIBUNAL A QUO. 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 no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

2. Na hipótese, destacou o Tribunal de origem que a quantidade da droga apreendida - mais de 2 kg de "maconha" - e a apreensão da importância de R\$ 1.472,00 e de balança de precisão na residência do Paciente demonstram a sua dedicação à atividade criminosa.

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 184986/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 18/05/2011.)

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 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 a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que, comprovadamente, faz parte de organização criminosa, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada." (HC 148.331/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010.)

Desse modo, não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, não faz jus o Paciente à aplicação da causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Prosseguindo, segundo o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, quando não aplicada a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/07, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, como ocorre na hipótese em tela.

É o que se vê da literalidade do próprio dispositivo, *in verbis*:

"§ 1.º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado."

Cabe esclarecer, ainda, que muito embora esta Corte tenha entendimento firmado no sentido da incidência dos critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, do Código Penal nos crimes de tráfico de droga praticados na vigência da Lei n.º 6.368/76, essa concepção não tem aplicabilidade quanto aos crimes cometidos quando já em vigor a novel legislação, na hipótese de não aplicação da minorante do § 4.º, art. 33, da Lei n.º 11.343/2006.

Com efeito, a tese acolhida por esta Corte encontra amparo, sobretudo, na declaração de inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, que vedava o benefício da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados. Entendeu-se que, não subsistindo mais a referida proibição, inexistia óbice à aplicação do disposto no art. 33, § 2.º, do Código Penal, que preceitua que a fixação do regime prisional para o cumprimento da pena reclusiva dá-se de acordo com a quantidade de pena aplicada.

Todavia, com o advento da nova Lei, não é mais possível a adoção do mesmo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posicionamento, diante, como já assinalado, da literalidade da referida disposição legal, que não dá margem a qualquer interpretação diversa.

No mesmo sentido:

"PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO OBJETIVA DA MAJORANTE PREVISTA NO INCISO III DO ART. 40 DA LEI N. 11.343/06. ANÁLISE FÁTICA. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. CARÁTER HEDIONDO DO DELITO NÃO AFASTADO. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO INICIAL FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o simples fato de se utilizar transporte público como meio para concretizar o tráfico de substância entorpecente já caracteriza a aplicação da majorante legal prevista no inciso III do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

2. In casu, não há necessidade de revolvimento do conjunto probatório, pois, a forma como o fato ocorreu é incontroverso, demandando apenas aplicação de tese, matéria exclusivamente de direito.

3. Porque evidenciada a hediondez da figura insculpida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, não há que se falar em afastamento da Lei n. 11.464/2007 nessas hipóteses.

4. A Lei n. 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 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.

5. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.184.293/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 08/06/2011.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 é possível apenas ao condenado primário, qualidade não ostentada pelo paciente, como justificou a sentença condenatória.

2. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/07, que deu nova redação ao § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90.

3. Habeas corpus denegado." (HC 131.347/GO, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010.)

Por fim, fixada a pena em tempo superior a 4 anos, como no caso, não se pode invocar o direito à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos (art. 44, inciso I, do Código Penal).

Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ART. 111 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

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, não se dedique a 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, observadas as circunstâncias da prática delituosa.

3. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

4. Observado o disposto no art. 111 da LEP, as penas aplicadas deverão ser somadas, totalizando 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão imposta ao paciente, que, por si só, justifica a imposição de regime fechado para início da expiação.

5. Ademais, o concurso com menor para a prática dos crimes, bem como a quantidade e variedade de substância entorpecente apreendida (32 porções de cocaína, na forma de pó, e pedras de crack, acondicionadas em 12 invólucros), reforçam a manutenção do regime prisional imposto.

6. Em decorrência do indeferimento do pedido de aplicação da referida minorante e diante da soma das penas impostas, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

7. Ordem denegada." (HC 176.910/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 17/10/2011 – sem grifos no original.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0251575-5

HC 222.452 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 412987020108260050 50100412980 8792010

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANDRÉ ALVES DA ROCHA (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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.