



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.376 - SP (2010/0026256-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JULY PHILLIP (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MOTIVOS DO CRIME. BUSCA DE LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA PRÓPRIA DO TIPO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Não há falar em constrangimento ilegal na exasperação da sanção decorrente da culpabilidade acentuada da agente, porquanto a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável, diante do planejamento antecipado da ação criminosa, mostrando-se justificada, portanto, a elevação da pena-base sob esse argumento.

3. A busca do lucro fácil pelo autor do crime de tráfico de drogas é inerente ao próprio tipo penal violado, não podendo tal circunstância ser valorada negativamente no momento da aplicação da reprimenda básica.

4. Verificado que as instâncias ordinárias levaram em consideração a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção-base foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos que justificam maior reprimenda.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), por força do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto, bem como a elevada quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com a paciente - mais de 3 quilos de "cocaína" -, cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante da parte final do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos nos delitos elencados na Lei de Drogas, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Incorre constrangimento ilegal na manutenção da negativa de permuta pelo órgão colegiado quando não preenchidos o requisito objetivo - pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão -, bem como o subjetivo, haja vista a gravidade concreta da conduta delituosa perpetrada, dada as circunstâncias em que cometido, a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, fatores que demonstram que, na espécie, a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PACIENTE PRESA EM FLAGRANTE E QUE ASSIM PERMANECEU DURANTE TODO O FEITO. VEDAÇÃO LEGAL À LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POTENCIALIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LESIVA DA INFRAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Não caracteriza constrangimento ilegal a manutenção da negativa de concessão de liberdade provisória e do direito de recorrer solto ao flagrado no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei 11.343/06, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura clausulada nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tal infração. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

2. Evidenciada a gravidade concreta do crime cometido, diante da natureza e da elevada quantidade de droga apreendida, mostra-se necessária a continuidade da segregação cautelar, derivada de prisão em flagrante e agora decorrente de condenação ainda não transitada em julgado, para a garantia da ordem pública, especialmente em se considerando que a paciente assim permaneceu durante todo o feito.

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido, apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 730 (setecentos e trinta) dias-multa**, mantidos, no mais a sentença condenatória e o aresto objurgado.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.376 - SP (2010/0026256-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - DEFENSOR
PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : JULY PHILLIP (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de JULY PHILLIP contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, julgando a Apelação n.º 2009.61.19.001316-7, interposta pelas partes, negou provimento ao apelo defensivo e proveu o recurso ministerial, tão somente para fixar em 1/6 (um sexto) o *quantum* da causa de redução de pena insculpida no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, tornando a sanção da paciente definitiva em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, imposta pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, inciso I, da mencionada lei federal.

Alega a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a pena-base teria sido fixada acima do mínimo legal com fundamento, exclusivamente, na natureza e na quantidade de droga transportada pela paciente, as quais entende não configurar elemento desfavorável no caso, pois "*se encontra dentro dos padrões normais para o caso de tráfico*" (e-STJ fl. 4), notadamente em se considerando as circunstâncias em que se deu o delito e a favorabilidade das demais circunstâncias judiciais.

Sustenta que a quantidade de droga apreendida, no caso, não constitui, por si só, fundamento idôneo a obstar a aplicação máxima do redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, Lei n.º 11.343/06, como teria feito a Corte de origem, de sorte que a pena da paciente deveria ser reduzida no *quantum* de 2/3 (dois terços), ressaltando que ela é primária e portadora de bons antecedentes, defendendo, ainda, que um mesmo argumento - quantidade de entorpecente - não poderia justificar por duas vezes o aumento de pena que se impõe à acusada, sob pena de incidir-se no vedado *bis in*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idem.

Reduzida a reprimenda, entende que a paciente teria direito à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, já que preenchidos os pressupostos do art. 44 do CP, não havendo argumentos para a vedação imposta pela lei especial.

Por fim, argumenta que a paciente possui o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, eis que estariam ausentes quaisquer das hipóteses autorizadoras previstas no art. 312 do CPP, defendendo que, com o advento da Lei n.º 11.464/07, passou a ser admitida a liberdade provisória aos flagrados no cometimento de crimes hediondos e equiparados.

Requeru, liminarmente e no mérito:

- a) a redução da pena-base ao mínimo legal;
- b) a aplicação da redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços);
- c) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;
- d) o direito de a paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se para que fosse julgamento parcialmente prejudicado o *habeas corpus* e, no mais, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.376 - SP (2010/0026256-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que a paciente foi condenada, em primeiro grau, à pena de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, inciso I, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 7-2-2009, foi presa em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP quando tentava embarcar em voo com destino à Tailândia, transportando, em um fundo falso da mala, para fins de comércio ou de entrega a consumo de terceiros, no exterior, a quantidade de **3.530 g (três mil, quinhentos e trinta gramas), peso líquido, da substância entorpecente conhecida como "cocaína"**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (e-STJ fl. 80).

Inconformadas, ambas as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido negado provimento ao recurso defensivo e provido o apelo ministerial, para fixar em 1/6 (um sexto) o *quantum* da causa de redução de pena insculpida no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, tornando a sanção da paciente definitiva em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 760 (setecentos e sessenta) dias-multa.

No que tange à alegada inadequação da reprimenda-base fixada à paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho do édito condenatório relativo à primeira etapa da dosimetria, *verbis*:

*Reputo significativo o grau de **culpabilidade** da ré, tendo em vista que ela é professora do pré-primário, responsável pela educação de inúmeras crianças, com idade que lhe garante experiência suficiente para saber a gravidade da conduta praticada e sua repercussão maléfica na sociedade, como revelou o seu interrogatório. Ademais, considerando que a preparação da viagem mencionada na denúncia demandou tempo e esforços, é certo que a acusada não agiu de inopino, ao contrário, teve tempo para refletir a respeito dessa conduta e, ainda assim, persistiu no intento criminoso.*

*No que concerne aos **antecedentes**, nenhum traço digno de nota evidenciou-se nas certidões expedidas pelas Justiças Federal e Estadual; a **conduta social** e a **personalidade** da ré são boas, presumidamente.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O **motivo** do crime foi o lucro rápido proporcionado pela narcotraficância, o que revela uma circunstância judicial desfavorável à ré.

As **circunstâncias** já foram mencionadas por ocasião do exame da culpabilidade, inexistindo outros dados a serem considerados como tal. As **consequências** do crime, por sua vez, não vão além daquelas que integram a gravidade do próprio tipo penal, que tutela a saúde pública, sendo irrelevante o fato de ter sido apreendida a droga antes da chegada ao seu destino final, pois se trata de crime de de perigo. O **comportamento da vítima** em nada influenciou no cometimento do delito e o **comportamento da ré** foi o de colaborar com a Justiça.

Considerando a apreensão de 3.530 g (três mil, quinhentos e trinta gramas) de cocaína em poder da ré, verifica-se que a **natureza** e a **quantidade da droga** lhe são desfavoráveis.

Do confronto entre as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis, considerando a preponderância - nesta fase da fixação da pena - das que se referem à natureza e à quantidade da droga, conforme determinada o artigo 42 da Lei 11.343/06, fixo-lhe a pena-base em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa. (e-STJ fls. 258-259)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a sanção básica irrogada à paciente, pelos fundamentos a seguir aduzidos:

A pena-base não merece ser reduzida, pois fixada em dois anos e seis meses acima do mínimo legal (sete anos e seis meses), em consonância com o artigo 42 da Lei 11.343/06 e artigo 59 do Código Penal.

Apesar da primariedade e bons antecedentes, a acusada não faz jus à fixação no mínimo legal, **considerando-se a grande quantidade da droga (mais de três quilos), bem como a natureza, pelos efeitos nocivos ao organismo dos usuários.**

Consoante observou o Juiz sentenciante, há outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, tais como a culpabilidade da ré, tendo em vista que possui formação escolar e idade suficientes para entender a gravidade do crime, além do fato de ter tido tempo para refletir sobre a empreitada e, mesmo assim, persistir no intento criminoso. Há ainda que se considerar o motivo do crime (lucro fácil), bem como as graves consequências (efeitos deletérios que a substância entorpecente iria deflagrar caso chegasse a seu destino).

O julgador, na individualização da pena, deve examinar detidamente os elementos que dizem respeito ao fato,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segundo os critérios estabelecidos pelo artigo 59 do CP e, no caso de tráfico de drogas, segundo o comando expresso no artigo 42 da Lei 11.343/06, o qual determina expressamente que o Juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga, bem como a personalidade e conduta do agente.

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a quantidade de droga, em nada estranha às circunstâncias judiciais, tem função peremptória na individualização da reprimenda ao tráfico de entorpecente:

[...]

Foi necessária e justa a majoração da pena-base tendo em vista a evidente repercussão nas circunstâncias judiciais, que revelam maior culpabilidade e nocividade da conduta do réu, bem como maior reprovabilidade e censurabilidade na reprimenda, considerando-se também que não há como comparar a atitude de quem age como "mula" transportando grande quantidade de droga, aos traficantes individuais que transportam pequena quantidade diretamente aos usuários. Mantenho, pois, a pena-base em sete anos e seis meses de reclusão. (e-STJ fls. 444-445)

Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

E, como cediço, a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Na hipótese em apreço, verifica-se que foram consideradas desfavoráveis à paciente as circunstâncias judiciais da **culpabilidade, dos motivos do crime, além da natureza e da quantidade de substância entorpecente apreendida**.

Relativamente à culpabilidade, o magistrado sentenciante considerou que ela seria acentuada, em razão de a paciente ser professora de ensino pré-primário, sendo, pois, responsável pela educação de inúmeras crianças, *"com idade que lhe garante experiência suficiente para saber a gravidade da conduta praticada e sua repercussão maléfica na sociedade, como revelou o seu interrogatório"* (e-STJ fl. 258), elementos que, em razão das condições pessoais da acusada, em especial do seu razoável grau de instrução, evidenciam maior reprovabilidade pela conduta delituosa praticada, a justificar maior apenação na primeira etapa da dosimetria.

Ademais, o juiz sentenciante considerou desfavorável a circunstância judicial da culpabilidade também *"considerando que a preparação da viagem mencionada na denúncia demandou tempo e esforços"*, tendo em vista que *"a acusada não agiu de inopino, ao contrário, teve tempo para refletir a respeito dessa conduta e, ainda assim, persistiu no intento criminoso"* (e-STJ fl. 258), argumento que também é de molde a autorizar a elevação da pena-base, tendo em vista que a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável da agente, diante do planejamento antecipado da ação criminosa.

Veja-se, a propósito, o seguinte precedente:

[...]

1. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CPB, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis do paciente, como sua **intensa culpabilidade, as circunstâncias do crime, representadas pela forte premeditação para a prática criminosa** e pela elevada quantidade de disparos efetuados (6, ao todo), bem como sua personalidade deturpada ou conduta social reprovável, uma vez que ficou foragido por 16 anos e não se interessou pelo paradeiro de sua família, o que demonstra uma censurável inversão de valores. Precedentes do STJ.*

2. Ordem denegada, em conformidade com o parecer do MPF." (HC n.º 87.028/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4-10-2007, DJ 29-10-2007). (Grifos próprios)

Na sequência, o togado singular considerou desfavoráveis os motivos do crime, ao argumento de que a prática delituosa teria sido impulsionada pelo "*lucro rápido proporcionado pela narcotraficância*" (e-STJ fl. 259), argumento que não pode autorizar o aumento de pena procedido na primeira fase de fixação da reprimenda, especialmente no referente ao crime de tráfico de drogas, vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido, sendo, portanto, de rigor a redução da pena-base nesse ponto.

A propósito, o seguinte precedente da Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça:

"[...]

*1. Caracteriza constrangimento ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legal sem a apresentação de motivação idônea, **não servindo para tal fim circunstâncias inerentes ao tipo penal.***

[...]

4. Ordem concedida para reduzir as penas impostas aos pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias multa, garantido a Luiz Carlos Hubeda Barbosa o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento da pena. (HC n.º 150.266/MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues - Desembargador convocado, julgado em 19-11-2009, DJe 7-12-2009 - grifos nossos)

Por fim, para justificar a exasperação da pena-base, o juiz sentenciante salientou "*a apreensão de 3.530 g (três mil, quinhentos e trinta gramas) de cocaína em poder da ré*", circunstância que levou à conclusão de que "*a natureza e a quantidade da droga lhe são desfavoráveis*" (e-STJ fl. 2595), o que demonstra que atuou em consonância com o preceituado no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, levando em consideração, na dosimetria da pena, também a natureza e a elevada quantidade de substância entorpecente apreendida, circunstâncias que, à toda evidência, justificam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maior reprimenda à paciente.

A propósito, segundo orientação dessa Corte Superior de Justiça: "*A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal.*" (HC n.º 165.387/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8-2-2011, DJe 21-2-2011).

Assim, justamente porque verificado que a sentença condenatória e o acórdão objurgado carecem **apenas** em parte de motivação apta a justificar a fixação da pena-base no patamar aplicado, e tendo sido reconhecida a existência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis - culpabilidade, natureza e quantidade de droga apreendida -, merecem ser parcialmente reformados nesse ponto, reduzindo-se a sanção-base da paciente de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão para **7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.**

Quanto à pretendida aplicação da minorante insculpida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3 (dois terços), e não em 1/6 (um sexto), como procedido pela Corte Estadual, cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, "*[...] se o legislador não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição, impõe-se como critério a observância das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, como também, e com preponderância, as dispostas no art. 42 da Lei Antidrogas. Assim, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução*" (AgRg no HC n.º 145.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP -, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010).

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

In casu, verifica-se que o juiz sentenciante entendeu devida a incidência da fração de 1/3 (um terço), pelos seguintes fundamentos:

Para se definir o patamar dessa diminuição, podem e devem ser considerados os parâmetros objetivos estabelecidos no referido § 4º, bem como as circunstâncias em que fora praticado o delito, sem que isso configure 'bis in idem'. Tanto é assim que os antecedentes criminais e a personalidade do agente são considerados para fixar a pena-base e, também, para determinar a incidência da presente causa de diminuição. (e-STJ fl. 260)

A Corte impetrada, por sua vez, dando provimento ao recurso ministerial, houve por bem fixar em 1/6 (um sexto) o *quantum* da causa de redução de pena insculpida no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, sob os argumentos abaixo aduzidos:

A quantidade e natureza da droga podem e devem ser utilizadas como critério para determinar o quantum da redução de pena, na terceira fase de individualização, ainda que tenha sido considerada na primeira fase, sem que isso configure dupla punição pelo mesmo fato.

Enquanto a fixação da pena-base tem em mira o caráter retributivo da persecução criminal, a redução prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, pelos critérios adotados pelo legislador, revela sua preocupação de política carcerária, pretendendo evitar o encarceramento prolongado do criminoso quando suas condições pessoais permitirem concluir que não voltará a delinquir, sem qualquer consideração quanto à medida em que mereceu punição maior.

De toda sorte, a natureza e a quantidade do entorpecente não são as únicas circunstâncias consideradas, havendo outras que, isoladamente, não permitem a redução no máximo legal.

[...]

Assim sendo, considerando que a acusada é primária e não possui Maus antecedentes, mas que, contudo, há indícios de que figurou eventualmente em organização criminosa e transportava grande quantidade de drogas, penso que se mostra razoável e suficiente, em termos de repressão e prevenção penal, a aplicação da redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 no patamar de 1/6. (e-STJ fls. 451-452)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que deixou de aplicar o *quantum* máximo de redução de pena insculpido no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que **a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida**, bem como as demais circunstâncias do caso concreto, justificam a aplicação de fração da redução inferior ao máximo legalmente previsto, pois, consoante restou apurado, a paciente foi presa em flagrante quando tentava embarcar para o estrangeiro transportando **mais de três quilos e meio de cocaína**, peso líquido, os quais estavam acondicionados no fundo falso de uma mala, circunstâncias que, somadas aos indícios de que figurou eventualmente em organização criminosa (e-STJ fl. 452), autorizam a aplicação da minorante em comento em fração menor que 2/3 (dois terços), como procedido pelas instâncias ordinárias, sobretudo em razão da nocividade da substância entorpecente apreendida, que é maior do que a de outras drogas.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ILEGALIDADE NA AVERIGUAÇÃO DE BAGAGEM EM RAIOS X. SUPOSTA NULIDADE. PROVA ILÍCITA. TESE DESPROVIDA DE RAZOABILIDADE JURÍDICA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há nenhuma ilegalidade no fato da bagagem do ora Paciente ter sido encaminhada para exame de raio x, mesmo porque decorre do próprio exercício do poder de polícia a análise de qualquer bagagem que os agentes aduaneiros e policiais reputem suspeita.

2. **Correta a aplicação da minorante em seu patamar mínimo, com fundamento na quantidade da droga apreendida (4.835 g – quatro mil, oitocentos e trinta e cinco gramas de cocaína), sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, ser este o quantum adequado, necessário e suficiente à reprovação do crime. Precedentes.**

3. Ordem parcialmente conhecida, e nessa parte denegada. (HC n.º 155.662/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17-6-2010, DJe 2-8-2010)

E, ao contrário do afirmado na impetração, não se pode dizer que implica *bis in idem* a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

Ou seja, segundo entendimento desta Corte Superior de Justiça: "O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas" (HC n.º 139.544/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 3-8-2010, DJe 23-8-2010), razão pela qual não há qualquer não há que se falar em *bis in idem* quando a natureza e a quantidade de droga apreendida são consideradas tanto para a imposição da pena-base acima do mínimo legal quanto para a diminuição da sanção em apenas 1/6 (um sexto) pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, como procedido na espécie.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste Superior Tribunal:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PLEITO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA EM 2/3. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA MAJORAR A PENA-BASE E AFASTAR A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REDUTOR EM SEU GRAU MÁXIMO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. O artigo 42 da Lei de Drogas preleciona que na aplicação da pena-base deverá o Juiz sopesar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a quantidade e a natureza da droga apreendida.

II. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em consideração, inclusive, o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Não há que se falar em bis in idem quando o Magistrado, na dosimetria da pena, considerou tal circunstância na primeira e na terceira fases de aplicação da pena, já que o montante de entorpecente apreendido foi sopesado com escopos distintos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Precedente).

V. Maiores considerações acerca do quantum de redução da pena aplicado pelas instâncias ordinária que implicariam em revolvimento do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de writ.

VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (HC n.º 174.150/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 5-4-2011, DJe 14-4-2011) (Grifos nossos)

Assim, ausente constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto.

Fixada aqui a pena-base em **7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa**, assim resta na fase intermediária, eis que ausentes quaisquer agravantes ou atenuantes a se considerar.

Na terceira fase de aplicação da pena, observado que a sanção foi elevada de 1/4 (um quarto), por força da majorante prevista no inciso I do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 - transnacionalidade do delito de tráfico de drogas -, bem como verificado que foi diminuída de 1/6 (um sexto), por força da benesse do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fica **a reprimenda da paciente definitiva em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 730 (setecentos e trinta) dias-multa.**

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, o magistrado sentenciante entendeu inviável proceder-se à permuta, pelos motivos abaixo expostos:

Fixada a pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos, ainda que não houvesse vedação, contida na lei especial de regência, restando ausente o requisito objetivo, mantém-se inviável a substituição por pena alternativa. (e-STJ fl. 260)

A Corte de origem, por seu turno, manteve o afastamento da benesse em questão, sob os seguintes argumentos:

Não merece prosperar o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A Lei nº 9.714/98, que alterou os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal, introduzindo, em nosso sistema, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, determina, no artigo 44:

"As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".

Do artigo transcrito, depreende-se que, para se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha requisitos objetivos e subjetivos, o que não se verifica na presente hipótese.

O motivo deste crime foi o lucro fácil, alimentando vício alheio. Levando-se em consideração os motivos e as circunstâncias do crime, observa-se que a substituição da pena privativa de liberdade não se mostra suficiente para impedir que a apelante volte a traficar drogas, refreando o desejo de ganho irrefletido de dinheiro. Por outro lado, a permutação das reprimendas levará o incriminado para dentro de instituições públicas, tais como escolas, creches, hospitais, etc., onde poderá dar continuidade ao seu nocivo comércio.

Quando se trata de traficância, não é, portanto, socialmente recomendável a substituição em epígrafe, em razão do risco que irá expor as entidades e instituições públicas, colocando elementos ligados a traficantes, em seu interior, para prestarem serviços. Ademais, trata-se de ré estrangeira, sem qualquer vínculo ou atividade lícita no Brasil.

Por outro lado, a vedação tem fundamento nos artigos 33, parágrafo 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, que proíbem expressamente que a pena privativa de liberdade cominada, embora possa ser objeto de redução, seja convertida em restritiva de direitos.

Se, de um lado, optou o novo legislador pelo controle penal mais brando para o condenado primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa, pelo crime de tráfico de entorpecentes e tipos penais equiparados, de outro, não o liberou do efetivo cumprimento da pena reclusiva.

Acredita-se na função preventivo-repressiva da pena privativa de liberdade como instrumento eficaz ao combate das atividades relacionadas ao tráfico de entorpecentes. Por estes motivos, deixa-se de substituir a pena corporal das acusadas por restritiva de direitos, não havendo como falar em inconstitucionalidade. (e-STJ fls. 454-455)

É certo que, inicialmente, esta Quinta Turma adotou o entendimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a vedação expressa contida no art. 44 da aludida norma (nesse sentido: *HC 154.799/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 27/09/2010; HC 146.032/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 13/09/2010*).

Contudo, em 1º de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 da novel Lei de Drogas, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Ayres Britto.

Para melhor análise do tema, transcreve-se excerto extraído do Informativo nº 598 do Pretório Excelso:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente habeas corpus e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de writ, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas ("Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional – v. Informativos 560, 579 e 597. Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convolação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o habeas corpus.

Ora, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões dos arts. 33, § 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, afigura-se possível, a princípio, a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da novel Lei Antidrogas.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste Superior Tribunal:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL DECLARADA EM PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Não subsiste empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos aos condenados pelos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37 da Nova Lei de Drogas, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos termos do art. 44 da Lei n.º 11.343/06 que vedam o benefício.

2. A substituição da pena privativa de liberdade é adequada à espécie, pois o Paciente é tecnicamente primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça.

3. Ordem concedida para assegurar ao Paciente a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser implementada pelo Juízo das Execuções Penais. (HC n.º 162.965/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 15-3-2011, DJe 28-3-2011)

Mas, para proceder-se à substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, necessário o preenchimento, pela paciente, das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da benesse, previstas no art. 44 do CP.

E, na hipótese que se apresenta, não há flagrante ilegalidade no acórdão objurgado o ponto em que manteve a negativa de permuta, não só em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que a paciente restou definitivamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenada a pena superior à 4 (quatro) anos de reclusão, previsto no inciso I do art. 44 do CP, como também diante do não preenchimento do requisito subjetivo, haja vista as circunstâncias em que cometido o delito, bem apontadas quando da aplicação da reprimenda básica pelo togado singular, apontando ainda o colegiado que "trata-se de ré estrangeira, sem qualquer vínculo ou atividade lícita no Brasil" (e-STJ fls. 455), não se podendo olvidar, por fim, que foram encontradas na sua posse **3.530 g de cocaína**, fatores que evidenciam que, *in casu*, a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

Por fim, relativamente à pretendida concessão da liberdade provisória à condenada, permitindo-lhe aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, o Tribunal de origem entendeu inviável acolher-se o pleito, pelos seguintes argumentos:

A Lei nº 11.343/2006, no artigo 44, estabeleceu que os crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º e 34 a 37 são insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Estabeleceu, ainda, no artigo 59, que, nesses crimes, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

Contudo, é orientação consolidada nas Cortes Superiores que não tem o direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante a instrução criminal, por força de prisão em flagrante ou preventiva, ainda que seja primário e de bons antecedentes. Ademais, um dos efeitos da sentença condenatória é o do réu ser conservado na prisão.

No caso, a apelante foi presa em flagrante e assim permaneceu durante o desenrolar da ação penal. Por outro lado, trata-se de acusada estrangeira, sem vínculos com o distrito da culpa, razão pela qual sua soltura prejudicaria a aplicação da lei penal.

Não há mácula constitucional que impeça a aplicação do artigo 44, da Lei 11.343/06, pois a previsão em lei de proibição de concessão de liberdade provisória é fruto de uma política criminal mais rigorosa de repressão dos crimes de tráfico de entorpecentes.

[...]

Por outro lado, a vigência da Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º, II, da Lei 8.702/90 afastando a vedação à liberdade provisória aos crimes equiparados a hediondos, não revogou o disposto no artigo 44 da lei 11.343/06 em relação à liberdade provisória, já que a Lei 11343/06 se trata de legislação especial, que expressamente veda essa concessão aos acusados de tráfico de drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

A prisão é necessária pois, além de o apelante ter respondido ao processo preso à disposição da Justiça, é estrangeiro sem vínculos com o distrito da culpa, de forma que a prisão tem por finalidade assegurar o próprio resultado do processo e a aplicação da lei penal, com o cumprimento integral da pena, evitando que venha a se evadir.

Não prospera a alegação de que a prisão cautelar é excepcional por se constituir em obstáculo ao princípio constitucional da presunção da inocência. Essa questão foi superada com a edição da Súmula 9 do STJ, que dispõe:

[...] (e-STJ fls. 456-458)

E, de fato, inviável acolher-se o pleito, haja vista a vedação legal contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, que proíbe a concessão do referido benefício àqueles flagrados na prática dos crimes dos arts. 33, 34 a 35 da Lei n.º 11.343/06, cometidos na vigência da novel legislação especial, fundamento que, por si só, segundo orientação desta Quinta Turma, justifica a manutenção da constrição antecipada, mesmo após a vigência da Lei n.º 11.464/07, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações.

Veja-se, nesse sentido, entre muitos, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. VEDAÇÃO LEGAL. NÃO REVOGAÇÃO PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90, CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS COMO FUNDAMENTO PARA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INSUFICIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. É certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a repercussão geral no julgamento do RE 601.384/RS, da Relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, em que se discute a impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados por crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

2. Contudo, enquanto o Plenário da Suprema Corte não decidir o mérito da questão proposta no referido Recurso Extraordinário, há de prevalecer o entendimento reiterado pela jurisprudência dos Tribunais Pátrios, inclusive deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "(...) a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais" (STJ - HC 139544/MG - Rel. Ministra LAURITA VAZ - T5 - QUINTA TURMA - DJe 23/08/2010).

3. Não houve revogação do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pela nova redação do art. 2º da Lei nº 8.072/90, conferida pela Lei 11.464/2007. Ao contrário, o sistema normativo legal e constitucional se harmonizam, visto "que a proibição de liberdade provisória decorre da própria "inafiançabilidade imposta pela Constituição". (CF, art. 5º, XLIII)." (STF - HC 91550/SP, Rel. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 06/06/2007).

[...]

5. Esta Corte já pacificou entendimento de que condições pessoais favoráveis do paciente, por si sós, são insuficientes para a concessão da liberdade provisória.

6. Ordem denegada. (HC n.º 170.704/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), julgado em 25-11-2010, DJe 6-12-2010)

No mesmo sentido, do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente.

3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.

4. Ordem denegada. (HC n.º 98.548/SC, PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24-11-2009, DJe 11-12-2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda que assim não fosse, verifica-se que a paciente foi presa em flagrante e assim permaneceu durante toda a instrução criminal, sendo que, quando da condenação, foi-lhe negado o direito de recorrer solta (e-STJ fl. 260), tendo em vista que a manutenção da sua custódia cautelar mostrava-se necessária para a garantia da ordem pública, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela natureza e elevada quantidade de droga apreendida em seu poder, elementos que demonstram a imprescindibilidade da manutenção da medida de exceção, a bem da ordem pública.

Ante o exposto, concede-se em parte a ordem, apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 730 (setecentos e trinta) dias-multa**, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o aresto objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0026256-3

HC 162.376 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200961190013167

EM MESA

JULGADO: 23/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JULY PHILLIP (PRESO)

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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