



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.169 - SP (2011/0257766-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA DE O. F. FORTES BALAM - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL DA SILVA LEONARDO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA APLICADA PELO MAGISTRADO SINGULAR E AFASTADA PELO TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. 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, o acórdão consignou que o Paciente – flagrado com 09 pedras de *crack* e 3 porções de maconha –, fazia da atividade ilícita seu meio de vida, o que justifica a não incidência da minorante em questão.

3. Ademais, afastar o entendimento das instâncias ordinárias quanto a não aplicação da referida causa especial de diminuição da pena, demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do *writ*. Precedentes.

4. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

6. No caso dos autos, evidencia-se a impossibilidade em se conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, já que a pena foi fixada acima de 4 anos.

7. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 28 de fevereiro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.169 - SP (2011/0257766-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA DE O. F. FORTES BALAM - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL DA SILVA LEONARDO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DANIEL DA SILVA LEONARDO – condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime fechado, pelo crime de tráfico de drogas –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da apelação n.º 0338149-46.2010.8.26.0000, ementado nos seguintes termos:

"APELAÇÃO CRIMINAL Tráfico de drogas Absolução Impossibilidade Conjunto probatório seguro para lastrear decreto condenatório Reconhecimento da causa de diminuição Inadmissibilidade Não demonstrado merecimento de beneplácito legal Apelo não provido." (fl. 49)

No presente *writ*, a impetração sustenta a ilegalidade da dosimetria da pena. Requer a Defesa, inclusive liminarmente, a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, na razão máxima, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Indeferida a liminar, foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 68/87.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 91/97, opinando pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 223.169 - SP (2011/0257766-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA APLICADA PELO MAGISTRADO SINGULAR E AFASTADA PELO TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. 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, o acórdão consignou que o Paciente – flagrado com 09 pedras de *crack* e 3 porções de maconha –, fazia da atividade ilícita seu meio de vida, o que justifica a não incidência da minorante em questão.

3. Ademais, afastar o entendimento das instâncias ordinárias quanto a não aplicação da referida causa especial de diminuição da pena, demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do *writ*. Precedentes.

4. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

6. No caso dos autos, evidencia-se a impossibilidade em se conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, já que a pena foi fixada acima de 4 anos.

7. Ordem denegada.

VOTO

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

Os autos dão conta que o Paciente foi denunciado pelo crime de tráfico de drogas, porque *"no dia 6 de outubro de 2009, por volta das 19:30 horas, na rua Albertina Pereira Lima, trazia consigo substância entorpecente para fins de tráfico. [...] Com ele*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

havia dinheiro trocado, 09 pedras de crack e 3 porções de maconha" (fl. 20).

Processado o feito, o Juízo da 4.^a Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos/SP, nos autos n.º 577.09.780425-9, condenou o Paciente à pena de 5 anos de 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 583 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* houve por bem negar provimento ao recurso, motivo pelo qual foi impetrado o presente *writ*, requerendo-se a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, na razão máxima, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

São requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 3.º da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Na hipótese, o Juízo sentenciante deixou de aplicar a causa especial de diminuição da pena previsto no art. 33, 4.º, da Lei 11.343/06, no que foi referendado pelo Tribunal Estadual com base nos seguintes motivos:

"A Defesa, por dever de ofício, lança as razões de fls. 122/144, todavia é de se verificar que as provas carreadas ao telado não mostram dúvidas no tocante à prática criminosa, assumida pelo réu e noticiada por sua genitora, bem como as falas dos Policiais Militares trazem veracidade ao narrado na exordial.

Circunstâncias fáticas e diversidade de entorpecentes demonstram que o imputado não se preocupa com a saúde pública, não demonstra, pois, ser merecedor de beneplácito encartado no art. 33, § 4º da Lei de drogas.

Penas aplicadas resultam em observância aos estritos ditames legais, cabendo manutenção integral das mesmas.

É caso, pois, da manutenção da r. sentença ora combatida, nos moldes em que lançada pelos seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos.

Via de consequência, DOU PELO NÃO PROVIMENTO do recurso ora interposto, para que subsista a r. decisão de fls. 103/109, por expressar os mais escorreitos ditames da lei e do direito." (fls. 52/53)

Como se vê, o acórdão impugnado ressaltou expressamente que o réu se dedica à atividade criminosa de tráfico de drogas, o que justifica a não incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Por oportuno, transcrevo os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas: "[n]os delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa." 2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática constante nos autos, considerando a dinâmica do fato delituoso, reconheceram que o Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, circunstância que, por si só, impede a aplicação do redutor previsto no transcrito § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

3. O regime prisional inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90.

4. Ordem denegada." (HC 206.938/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/08/2011; sem grifos no original)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. QUANTIDADE E ACONDICIONAMENTO DAS DROGAS. DELITO PRATICADO EM LOCAL DE COMÉRCIO DE ENTORPECENTES, COM ENVOLVIMENTO DE MENORES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, INCISO VI. APLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I. Mostra-se suficientemente fundamentado o acórdão que estabelece a pena-base acima do mínimo legal com supedâneo na quantidade de drogas apreendidas - acondicionadas em mais de uma centena de porções - nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06.

II. Se o Tribunal a quo reconheceu o envolvimento da paciente com a atividade criminosa de tráfico de drogas, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante, e que a quantidade de droga apreendida afasta a possibilidade da benesse ora pleiteada, mostra-se inviável a aplicação da causa de diminuição de pena delineada no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos no presente caso.

III. Embora não haja prova nos autos, o acórdão recorrido menciona expressamente a idade das menores envolvidas, de quinze e dezesseis anos de idade, além de relatar que foi aplicado a ambas medida socioeducativa de liberdade assistida, restando indiscutível sua menoridade penal.

IV. A desconstituição da decisão, em relação à menoridade das envolvidas, dependeria de aprofundado reexame do contexto fático-probatório dos autos, vedado em sede de habeas corpus.

V. Não se verifica constrangimento ilegal na aplicação da causa de aumento de pena do art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 no patamar de 1/2 (um meio) se evidenciada a utilização de duas adolescentes como instrumento para livrar-se da sanção penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. *Ordem denegada.*" (HC 170.118/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe 01/07/2011; sem grifos no original)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. MATÉRIA DE PROVA. REGIME INICIAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO QUE NÃO O FECHADO. QUANTUM A PERMITIR O REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SUPERAÇÃO DO LIMITE IMPOSTO PELO ART. 44, I, DO CP. INVIABILIDADE.

É inviável o reconhecimento do direito à redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, diante da indicação de que o Paciente se dedicava à prática da traficância.

A Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal, bem como a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal, desde que a situação do apenado não lhe seja desfavorável.

Na hipótese dos autos, no entanto, a condição de que o apenado se dedicava à traficância também deve ser levada em conta para o fim de fixar o regime mais gravoso, já que reclama maior intensidade na retribuição penal ao delito cometido.

Ordem denegada." (HC 114.145/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 20/06/2011; sem grifos no original)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS. NEGATIVA DE MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Inviável a aplicação, na espécie, da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35, caput, da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes.

2. Revela-se inviável a aplicação da minorante também em razão da quantidade e da variedade de drogas apreendidas, as quais, somadas à condenação do acusado pelo crime de associação para o narcotráfico, levaram a crer que se dedicaria a atividades criminosas.

3. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Ordem denegada.*" (HC 148.226/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 28/04/2011; sem grifos no original)

Ressalte-se, ademais, não ser possível afastar o entendimento exarado pelo acórdão impugnado quanto à aplicação da minorante do 4.^o do art. 33, da Lei n.^o 11.343/06, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ. No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.^o, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.^o do art. 33, da Lei n.^o 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. **A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.^o, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.**

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. *Ordem denegada.*" (HC 111.551, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009.)

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.*

3. ***A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.***

4. *Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver." (HC 90.350/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 14/04/2008.)*

Por fim, cumpre ressaltar que, segundo o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, 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 que, muito embora este Superior Tribunal de Justiça já tenha entendimento firmado no sentido da incidência dos critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, do Código Penal nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes 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.

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 posicionamento, diante, como já assinalado, da literalidade da referida disposição legal, que não dá margem a qualquer interpretação diversa. No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. PACIENTE CONDENADO A 5 ANOS, 4 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 534 DIAS-MULTA, POR TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 33, CAPUT E §4º. C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/06). FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA CULPABILIDADE. NATUREZA DA DROGA: COCAÍNA (781,5g DIVIDIDOS EM 65 CÁPSULAS INGERIDAS PELO PACIENTE). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. DELITO PRATICADO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PARECER DO MPF PELO INDEFERIMENTO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal veio devidamente motivada, mormente em razão da elevada culpabilidade demonstrada pelo paciente, em face da natureza da droga apreendida (781,5g de cocaína divididos em 65 cápsulas) e de sua forma de acondicionamento.

2. Os fatos que ensejaram a propositura da ação penal ocorreram em 30.04.07, ou seja, após a vigência da lei 11.464/07, que, alterando a Lei 8.072/90, impôs o regime fechado como o inicial para todos os condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, independentemente do quantum de pena aplicado; dest'arte, o aresto hostilizado, ao eleger o regime prisional mais gravoso para o início do cumprimento da reprimenda imposta aos pacientes, nada mais fez do que seguir expressa determinação legal (art. 2º., § 1º. da Lei 8.072/90).

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada." (HC 136.075/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 03/11/2009.)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. RÉ QUE PERMANECEU PRESA MOTIVADAMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECRETO CONDENATÓRIO MANTIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECORRER EM LIBERDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ATUAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTO QUE, DE PER SI, IMPEDE A CONCESSÃO DA MINORANTE. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. WRIT DENEGADO.

1. A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade, mormente após confirmada a condenação como o julgamento do apelo defensivo, o réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal, em virtude de decreto satisfatoriamente fundamentado.

2. A vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 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. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

3. *As instâncias ordinárias, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, considerou a culpabilidade desfavorável à ré e que a natureza e quantidade do entorpecente trouxe maior grau de censurabilidade a sua conduta, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal.*

4. *O reconhecimento de que a Paciente integra organização criminosa, considerando a dinâmica dos fatos delituosos e com indicação de elementos concretos, é circunstância que, de per, si impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.*

5. *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.*

6. *O art. 44 da Lei n.º 11.343/06 veda, expressamente, a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos aos condenados pelos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37, da nova Lei de Drogas.*

7. *Habeas corpus denegado.*" (HC 122.977/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/09/2009.)

Quanto ao alegado direito à substituição da reprimenda corporal, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Todavia, na espécie, evidencia-se a impossibilidade em se conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, já que a pena foi fixada acima de 4 anos. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º DO CÓDIGO PENAL ABAIXO DO MÁXIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. *O Magistrado sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal a quo, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, afirmou que a grande quantidade de droga apreendida (545 gramas de cocaína) trouxe maior grau de censurabilidade à conduta da Paciente, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentos válidos.*

2. *À luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade e a qualidade da droga apreendida - 545 g de cocaína - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços),*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

3. Apesar de recente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos na hipótese de crime de tráfico de drogas, não é o caso de se conceder o referido benefício, uma vez que a Paciente, condenada à pena de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal.

4. A vedação expressa do benefício da liberdade provisória - e consequentemente, do apelo em liberdade - aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu acusado da prática de crime hediondo ou equiparado.

5. Ordem denegada." (HC 160349/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 25/04/2011.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0257766-6

HC 223.169 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3381494620108260000 577097804259 990103381491

EM MESA

JULGADO: 28/02/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA DE O. F. FORTES BALAM - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL DA SILVA LEONARDO

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 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.