



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.617 - RJ (2010/0173003-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MICHELE BASTOS DE OLIVEIRA

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. 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, a Paciente não preenche os requisitos legais.

2. Na hipótese, o acórdão consignou que a Paciente – flagrada com 10,90g de maconha –, vendia drogas para um traficante e 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. 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, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.617 - RJ (2010/0173003-2)

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MICHELE BASTOS DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MICHELE BASTOS DE OLIVEIRA – presa e condenada em primeira instância à pena 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime fechado e pagamento de 167 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes –, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio do qual se deu provimento ao recurso ministerial para, reformando a sentença, fixar a pena em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, como se vê da seguinte ementa:

"APELAÇÃO - Art. 33 da Lei 11.343/06 - Pena de 01 ano e 08 meses de reclusão e 167 dias-multa, em regime fechado. - Apelada presa em flagrante porque, de forma livre e consciente, guardava, para fins de tráfico, 10,90g de maconha em 07 invólucros plásticos, do tipo “bucha”. Consta também ter a ora apelada relatado aos policiais militares que recebera cerca de 23 trouxinhas de maconha para vender, do traficante “Rafael”, para quem trabalhava, afirmando que teria efetuado a venda do restante do material. - Apelo ministerial que pugna pela reforma da sentença para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11343/06, ou a fixação da fração de redução de pena em 1/6. - Com razão o MP: o conjunto probatório é robusto em apontar a apelada como traficante de drogas. Trabalhava na mercancia de drogas para o traficante “Rafael”. Logo, faz do crime seu meio de vida. - O laudo de exame de entorpecente (fls. 57) evidencia a materialidade. - A redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06 somente pode ser concedida se o agente preencher todos os requisitos elencados no artigo acima referido e as circunstâncias em que foi preso e a quantidade de droga, estão a indicar que tal redução mostra-se incompatível com o seu agir. Há provas inequívocas de envolvimento com o tráfico de drogas: afirmou aos policiais que teria recebido de “Rafael” 23 trouxinhas de maconha para vender e efetuado a venda de 16, tendo restado o material arrecado por estes. - Provimento ao recurso ministerial. A dosimetria da pena passa a ter o seguinte teor: “Mantenho a pena-base fixada no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na 2ª fase, mantenho o patamar face à inexistência de atenuantes ou agravantes. Na 3ª fase, retiro a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11343/06. Mantenho o regime fechado.” - Fica, pois, MICHELE BASTOS DE OLIVEIRA condenada a 05



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos de reclusão e 500 dias-multa em regime fechado. - PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL" (fl. 43)

Alega a Impetrante, em suma, que a Paciente sofre constrangimento ilegal, vez que *"é vedado ao órgão colegiado fazer uma interpretação dos fatos em malam partem"* como fez o Tribunal Impetrado ao consignar que *"resta positivado que a apelada vendia drogas para o traficante "Rafael". Faz, portanto, da atividade ilícita seu meio de vida"* (fl. 03).

Aponta, ainda, ofensa às súmulas 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que foi imposta à Paciente o cumprimento da pena em regime mais gravoso sem devida motivação.

Sustenta que nos casos de tráfico privilegiado não incidem as restrições do art. 44, da Lei 11.343/2006, vez que não é crime assemelhado a hediondo (fl. 08). Ademais, a *"Paciente é primária e de bons antecedentes, reconhecido em sentença, preenchendo, portanto, todos os requisitos legais à concessão do benefício caso a pena seja reduzida"* (fl. 11).

Pede, assim, seja reconhecida *"a aplicação do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, e, conseqüentemente, fixar o regime prisional menos severo e aplicar a substituição da pena do art. 44 do Código Penal ou a suspensão condicional da pena"* (fl. 11).

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações do órgão jurisdicional Impetrado.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 62/68, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.617 - RJ (2010/0173003-2)

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. 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, a Paciente não preenche os requisitos legais.

2. Na hipótese, o acórdão consignou que a Paciente – flagrada com 10,90g de maconha –, vendia drogas para um traficante e 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. Ordem denegada.

VOTO

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

Os autos dão conta que a ora Paciente foi denunciada pelo Ministério Público pelo crime de tráfico de drogas, porque "[n]o dia 10/06/2009, por volta de 01h55min, na rua Amazonas, 3000 - Centro - Areal, nesta Comarca, a denunciada, livre e conscientemente, guardava, para fins de tráfico, 10,90g (dez gramas e noventa decigramas) de substância entorpecente identificada como Cannabis Sativa, acondicionada em sete invólucros plásticos, do tipo "bucha", sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de apreensão de fl. 35 e exame prévio de material entorpecente acostado à fl. 03 dos presentes autos" (fl. 13).

Processado o feito, o Juízo da 2.ª Vara Criminal da Comarca de Três Rios/RJ condenou a Paciente à pena de 01 ano de 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 167 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* houve por bem dar provimento ao recurso interposto pela acusação para excluir a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11343/06, e fixar a condenação em 05 anos de reclusão, em regime fechado e pagamento de 500 dias-multa .

Na presente impetração, requer-se a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

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, muito embora o Juízo sentenciante tenha aplicado a causa especial de diminuição da pena previsto no art. 33, 4.º, da Lei 11.343/06 em seu grau máximo, o Tribunal Estadual, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público, afastou a causa de diminuição da pena com base nos seguintes motivos:

"Data vênia, tenho que deva prosperar o recurso ministerial.

É que a materialidade e autoria do delito restaram sobejamente demonstradas pelo conjunto probatório.

O laudo de exame de entorpecente acostado às fls. 57, concluiu que se tratava de entorpecente a substância apreendida.

No que concerne à autoria, a ora apelada foi presa em flagrante delito.

E verifica-se que sólidos os depoimentos dos policiais, que efetuaram a prisão, bastantes convincentes para formar um juízo de reprovação pela prática do crime previsto no artigo 33 da Lei de Drogas.

Ademais, pela quantidade apreendida - 07 sacolés - e pelo acondicionamento da mesma, cabalmente demonstrado que a hipótese é de tráfico de entorpecentes.

Assim, incontestemente, a efetiva autoria da apelada no crime de tráfico, pelo qual foi condenada, tendo, aliás, afirmado aos policiais que teria recebido de Rafael 23 trouxinhas de maconha para vender e efetuado a venda de 16, tendo restado o material arrecado por estes.

Daí, resta positivado que a apelada vendia drogas para o traficante "Rafael". Faz, portanto, da atividade ilícita seu meio de vida.

Desta forma, deve prosperar o pedido de inaplicabilidade da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06.

*É que a redução de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06, somente pode ser concedida se o agente preencher **todos** os requisitos elencados no artigo acima referido.*

In casu, a apelada, conforme informação constante dos autos, muito embora seja primária e de bons antecedentes, não faz jus ao benefício previsto no art. 33 § 4º da Lei 110.343/06, pois, cabalmente comprovado o seu envolvimento com o tráfico e com a criminalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, comprovado que a ora apelada se dedicava à atividade de tráfico de drogas, não deve ser aplicada tal concessão." (fls. 45/46; grifei)

Como se vê, o acórdão impugnado ressaltou expressamente que a ré 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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifo no original.)

"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.

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; sem grifo no original.)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0173003-2

HC 185.617 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 108013792009 20090630090496 88555620098190063

EM MESA

JULGADO: 23/08/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MICHELE BASTOS DE OLIVEIRA

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, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.