



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.486 - SP (2011/0065045-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ISAAC PAULO MBUMBA
ADVOGADO : ADRIANO CARLOS OLIVEIRA SILVA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA NESSE PONTO. COAÇÃO ILEGAL AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, 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 n. 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza e a considerável quantidade de droga apreendida - 1.675 gramas de cocaína -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada apenas 1 (um) ano acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há constrangimento ilegal na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em poder do paciente e as demais circunstâncias do caso concreto, levaram a conclusão de que não se tratava de traficante ocasional, mas que se dedicaria a atividades delituosas ou mesmo que integraria organização criminosa voltada especialmente ao cometimento do narcotráfico.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Não preenchido o requisito objetivo para a concessão da permuta, já que a pena definitivamente estabelecida é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado no tocante à negativa de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.486 - SP (2011/0065045-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ISAAC PAULO MBUMBA
ADVOGADO : ADRIANO CARLOS OLIVEIRA SILVA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor ISAAC PAULO MBUMBA, contra acórdão proferido pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, no julgamento da Apelação Criminal nº 2009.61.19.003808, interposta pelas partes, negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento à apelação ministerial, para, afastando a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, art. 33, da Lei n.º 11.343/06, elevar a pena privativa de liberdade do ora paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses, em regime inicial fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantendo, no mais, a sentença que o condenou pela suposta prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso I, da referida Lei Federal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teriam sido observados, na primeira fase da dosimetria, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, restando a pena-base fixada em quantidade excessivamente superior ao mínimo legalmente previsto.

Argumenta que, ainda que seja possível considerar com preponderância o artigo 42 da Lei 11.343/06 sobre o artigo 59 do Código Penal no momento da fixação da sanção básica, as circunstâncias em que ocorreram o crime, bem como a quantidade e a natureza da droga apreendida, não justificariam o *quantum* de exasperação aplicada.

Defende que o sentenciado preencheria todo os requisitos necessários à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Tóxicos, e que a negativa de tal benesse com fundamento apenas em indícios de que o agente dedicaria-se à atividades criminosas acabaria por violar o princípio da presunção de inocência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz que, em sendo deferida nova dosimetria de pena nos termos expostos, a reprimenda será fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos que, somado aos fatos de o delito ter sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa e de o réu não ser reincidente, permitiriam a substituição da pena privativa de liberdade por restrita de direitos, com base no disposto no art. 44 do Código Penal, acrescentando, ao final, que em recente decisão *"entendeu o Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos em casos de tráfico"* (fls. 8).

Ressalta, ainda, que o agente faria jus à fixação do regime inicial de execução penal semiaberto, em obediência ao art. 33, § 2.º, "b", do mesmo diploma legal.

Requeru, liminarmente, que fosse alterado o regime prisional do paciente para o modo semiaberto, e, no mérito, postulou pela fixação, em definitivo, do referido regime inicial, que fosse reduzida a pena-base para o mínimo legal, que fosse aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos em seu percentual máximo, ou seja, 2/3 (dois terços) e, caso seja redimensionada a reprimenda, que lhe seja concedida a substituição da sanção reclusiva pela restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.486 - SP (2011/0065045-6)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 490 (quatrocentos e noventa) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput* e § 4º, c/c art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, porque, **no dia 6-4-2009**, foi flagrado no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, prestes a embarcar em voo "*com destino, aparentemente, para Joanesburgo/África do Sul*", trazendo consigo a quantidade de **"665 g (seiscentos e sessenta e cinco gramas-peso líquido) de cocaína, acondicionada em suas sandálias, mais a quantidade de 1.010 g (mil e dez gramas) também de cocaína, distribuída em 100 (cem) cápsulas pequenas, que haviam sido ingeridas"** (fls. 12).

Inconformadas, ambas as partes apelaram perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso da acusação, para, afastando a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, art. 33, da Lei n.º 11.343/06, redimensionar a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

No que se refere à sustentada ilegalidade na pena-base imposta ao paciente, verifica-se que o juiz singular, após a análise das circunstâncias judiciais, fixou a reprimenda, na primeira etapa da dosimetria, em 6 (seis) anos de reclusão (fls. 21), tecendo os seguintes argumentos:

No tocante à fixação da pena-base [...], há que se conjugar o disposto no artigo 59 do Código Penal ao quanto determinado pelo artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, entendendo-se como circunstâncias preponderantes para a determinação da pena a natureza e a quantidade da substância ou do produto, e ainda a personalidade e a conduta social do agente. Não se pode desconsiderar que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, razão pela qual quanto mais nociva a droga maior a sua quantidade, maior será a reprimenda legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso concreto, tem-se que o réu ISAAC PAULO MBUMBA, foi detido com a substância entorpecente denominada cocaína, droga esta de notórios efeitos maléficos ao organismo humano, não raro levando a óbito seus usuários pelo uso desmedido e progressivo aumento da dependência físico-psicológica que gera. Sua atuação danosa ao cérebro humano, ademais, acarreta reações extremadas de seus usuários, levando-os não raro à prática de delitos violentos como forma de angariar recursos para o aumento de seu incontrolável vício, levando pânico e desespero a parentes e amigos do viciado e aumentando as estatísticas criminais de nossas polícias. A pena do réu, sob esse prisma, não pode partir do mesmo patamar a ser conferido a um indivíduo flagrado na posse de droga de menor potencial lesivo.

Ainda na primeira fase da dosimetria da pena, verifico que o réu foi flagrado transportando quantidade elevada da droga, levando 665 g (seiscentos e sessenta e cinco gramas - peso líquido), no interior de suas sandálias, e 1.010 g (um mil gramas e dez decigramas), no interior de 100 (cem) cápsulas em seu intestino, destinada certamente ao sustento do vícios de uma variedade incalculável de pessoas, dado que o consumo individual de substância dessa natureza não demandaria mais que alguns gramas. A conduta do réu, portanto, tinha por escopo o fornecimento de expressivo numerário aos controladores da mercancia internacional de entorpecente, tudo em prejuízo da saúde e do patrimônio honesto de milhares de cidadãos. Sob mais esse prisma, a pena do réu, da mesma forma, não pode partir do mesmo patamar a ser conferido a um indivíduo na posse de pequena quantidade de droga.

Analizando, em prosseguimento, a personalidade e a conduta social do agente, tenho-as como totalmente desabonadoras, haja vista que se está a tratar de indivíduos que se dispõem a cruzar fronteiras internacionais desprendendo-se facilmente de sua comunidade como meio de angariar alguns poucos dinheiros, revelando, dessa forma, enorme desprezo pela vida ordeira em sociedade e perto de seu seio familiar, frieza no agir e arrivismo extremo. Evidencia-se, com isso, a mais não poder, um maior grau de danosidade social e, por corolário, maior censurabilidade de suas condutas. Da mesma forma, a pena do réu deve ser aumentada.

Quanto às demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal ainda não citadas, como culpabilidade, os antecedentes, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima tenho que: a culpabilidade é circunstância judicial que deve ser valorada em prejuízo do acusado. Trata-se de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovação social que deve incidir sobre quem aceita voluntariamente atuar ou colaborar para o tráfico de drogas. É de se considerar que o réu não agiu de inopino, ao contrário, sabia que iria transportar entorpecentes, teve tempo para refletir a respeito dessa conduta e ainda persistiu no intento criminoso; quanto aos antecedentes, observo que nada de importante evidenciou-se sobre o réu, nas certidões juntadas aos autos; no que concerne ao motivo, entendendo tal circunstância como totalmente desabonadora, haja vista que a intenção de obter lucro fácil proporcionado pela narcotraficância, reveste-se de maior gravidade do que a de outras condutas que revelam modalidade gratuita e, quanto às circunstâncias e conseqüências anoto os efeitos deletérios que, chegando a seu destino, a substância entorpecente iria deflagrar. Por último, verifico que o comportamento da vítima em nada influenciou no cometimento do delito, porquanto o objeto jurídico tutelado na espécie é a saúde pública.

Atenta aos ditames do artigo 42 da Lei de Tóxicos, considero, com preponderância, a natureza, a quantidade, a personalidade e a conduta social da agente, e, no caso concreto, por todo o acima exposto, não as tenho como favoráveis, impondo, pois, a necessidade de exacerbação da pena-base, pelo que fixo a pena-base em 6 anos de reclusão. (fls. 20/21)

A Corte impetrada, manteve o aumento da reprimenda básica pelos fundamentos a seguir aduzidos, *verbis*:

No que tange à dosimetria da pena, a MM. Juíza sentenciante fixou a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão, justificando a exasperação com a quantidade e a natureza da droga.

De fato, a cocaína é droga de alto preço e de elevado poder entorpecente, sendo certo que mesmo quantidade diminuta pode causar a morte do usuário. Além disso, a quantidade traficada é significativa, mesmo para esse tipo de tráfico.

A defesa alega que a natureza e a quantidade da droga não autorizam a exasperação. Não é, porém, o que resulta do artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006, dispositivo legal que estabelece a preponderância de tais circunstâncias sobre as demais previstas no artigo 59 do Código Penal. (fls. 165)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, embora o sentenciante tenha feito menção a outras circunstâncias judiciais tidas como negativas, foram **especialmente** consideradas desfavoráveis as circunstâncias da **natureza e da quantidade de substância entorpecente apreendida**, não se podendo, por isso, considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que manteve a pena-base, irrogada apenas 1 (um) ano acima do mínimo legalmente previsto para o tipo, já que devidamente motivada, encontrando respaldo no previsto no art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, quando tentava embarcar em voo com destino a Johannesburg/África do Sul, trazendo consigo "665 g (seiscentos e sessenta e cinco gramas-peso líquido) de cocaína, acondicionada em suas sandálias, mais a quantidade de 1.010 g (mil e dez gramas) também de cocaína, distribuída em 100 (cem) cápsulas pequenas, que haviam sido ingeridas" (fls. 12) e, como bem destacou o juiz singular "a conduta do réu, portanto, tinha por escopo o fornecimento de expressivo numerário aos controladores da mercancia internacional de entorpecente" (fls. 19), o que evidencia que as instâncias ordinárias, na fixação da pena-base, atuaram em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consonância com o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade de droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o condenado nesse ponto.

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).

Por essas razões, não há que se falar em ilegalidade quando a sanção básica foi fixada apenas 1 (um) ano acima do mínimo legalmente previsto para o tipo penal violado, já que apontados fundamentos concretos dos autos a justificar maior reprimenda.

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, o juiz sentenciante entendeu ser possível a incidência da benesse em favor do paciente, tendo reduzido-lhe a pena no patamar de 1/6 (um sexto), sob os seguintes fundamentos:

Em razão dos fatos, e a despeito de nada ter sido comprovado nos autos para que se exclua a aplicação do § 4º do mencionado artigo 33, entendo que a redução que ele impõe não pode, no caso, ser outra que não a do mínimo legal, um sexto (1/6) portanto. (fls. 24)

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

No que tange à causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, assiste razão ao Ministério Público Federal.

Com efeito, o passaporte do réu estampa, em relação aos últimos anos, uma multiplicidade incomum de registros de entradas e saídas no Brasil. Tais viagens, despidas de qualquer justificativa plausível, indicam a dedicação a atividades ilícitas, de sorte que deve ser afastada da dosimetria a aludida minorante. (fls. 165)

Sobre a minorante em questão, cumpre destacar que, na esteira do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento adotado por este Tribunal Superior, **"a expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (Precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o quantum da redução da pena"** (REsp n.º 1.021.782/RS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 23-2-2010, DJe 22-3-2010).

E, na hipótese que se apresenta, infere-se da leitura do acórdão impugnado que o referido benefício restou afastado em razão da *"multiplicidade incomum de registros de entradas e saídas no Brasil"* no passaporte do condenado, provenientes de viagens *"despidas de qualquer justificativa plausível"* (fls. 165), circunstância que, somada à natureza e à considerável quantidade do entorpecente encontrado em seu poder, bem como à forma como parte da droga estava sendo transportada - 100 (cem) cápsulas de cocaína haviam sido ingeridas - levaram a Corte originária a concluir que não se tratava de um traficante ocasional, entendendo que se dedicaria a atividades delituosas ou mesmo que integraria organização criminosa voltada especialmente ao cometimento do crime de tráfico de entorpecentes.

E, como já se decidiu:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE COCAÍNA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06.

1. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o paciente seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades.

2. A expressiva quantidade de droga apreendida em poder do paciente - mais de seis quilos de cocaína - que seria levada do Brasil para a África do Sul consubstancia circunstância que revela o seu envolvimento na senda criminosa. Tal quadro impede o reconhecimento da modalidade privilegiada do crime.

3. Ordem denegada.

(HC 208.224/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 31/08/2011)

No mesmo vértice:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS CONCRETOS. QUANTIDADE E QUALIDADE DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base pouco acima do mínimo legal encontra-se plenamente justificada em elementos concretos extraídos dos autos.

In casu, levou-se em consideração a quantidade e natureza da droga apreendida - 3.365 g (três mil trezentos e sessenta e cinco gramas) de cocaína.

2. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 à paciente que não atende aos seus requisitos.

Hipótese em que o Tribunal de origem negou o benefício pelo fato de a paciente ser integrante de organização criminosa. Tal conclusão não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas.

3. Ordem denegada.

(HC 207.592/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 24/10/2011)

Desta forma, não se pode dizer que Corte de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, entendendo que o paciente não satisfazia as exigências para a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, fundamentadamente rechaçou a sua incidência *in casu*, e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se o paciente efetivamente se dedicaria ou não a atividades criminosas ou se teria ligação com organizações criminosas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 44, 59 E 33, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL.

[...]

"4. Não há constrangimento ilegal sanável em sede de habeas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus quando a instância ordinária entende que o acusado não preenche os requisitos necessários para a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, uma vez que incabível na via eleita a dilação probatória que se faz necessária para reconhecer a presença da condição subjetiva exigida e que o condenado não se dedica à atividade ou integra organização criminosa.

[...]

"7. Habeas corpus denegado" (HC n.º 73.652/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 3-4-2008 - grifamos)

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado ao sentenciado, o magistrado sentenciante determinou a imposição do modo inicialmente fechado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07 (fls. 25), entendimento que foi ratificado pelo Tribunal *a quo*.

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção do paciente tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restou condenado **ocorreu em 6-4-2009** (fls. 12), após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007, que entrou em vigor no dia 29-3-2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.

Nesse sentido, o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). PENA: 2 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 275 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (1 BUCHA DE MACONHA E 11 PEDRAS DE CRACK). DELITO COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07 (13.08.2008). INADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. [...].

1. Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (11 pedras de crack e 1 bucha de maconha) justificam a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

2. Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

[...]

10. Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. (HC n.º 187.962/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22-2-2011, DJe 21-3-2011)

Ainda, o seguinte precedente da Suprema Corte:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO.

1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal - seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado.

2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante.

3. Ordem denegada. (HC n.º 103.011/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 24-8-2010, DJe 10-9-2010)

Assim, ausente constrangimento ilegal a ser sanado neste ponto.

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, igualmente não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois, a pena do paciente restou estabelecida definitivamente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, ou seja, é superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0065045-6

HC 201.486 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200961190038085 38085220094036119

EM MESA

JULGADO: 01/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO	: MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: ISAAC PAULO MBUMBA
ADVOGADO	: ADRIANO CARLOS OLIVEIRA SILVA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.