



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 139.544 - MG (2009/0117568-9)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : VITOR RACHID COLUCCI E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : THIAGO ROBERTO DA SILVA OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FLAGRANTE FORJADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO SINGULAR, NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE.

1. Descabe, na estreita via do *writ*, proceder ao aprofundado reexame de fatos e provas para o fim de reconhecer tratar-se de flagrante forjado. Precedentes.

2. Não se descarta que o Plenário Virtual da Corte Suprema reconheceu a existência de repercussão geral da questão suscitada no Recurso Extraordinário n.º 601.384/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – no qual se discute a validade da cláusula proibitiva de liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Entretanto, a matéria em análise no referido Recurso Extraordinário ainda não teve o mérito debatido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo, na jurisprudência dos Tribunais Pátrios, o entendimento 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. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

4. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento "*de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar*" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 28/08/2008.)

5. 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.

6. Na hipótese, a quantidade e a qualidade das drogas apreendidas – 3,10g de cocaína em pó, 24,97g de crack e 4,09g de cocaína – justificam a não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços). Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

7. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 03 de agosto de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.544 - MG (2009/0117568-9)

IMPETRANTE : VITOR RACHID COLUCCI E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : THIAGO ROBERTO DA SILVA OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de THIAGO ROBERTO DA SILVA OLIVEIRA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, negando provimento à apelação, manteve a custódia cautelar do Paciente.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 e condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão. Irresignada, a Defesa interpôs apelação criminal, que foi desprovida pelo Tribunal de Justiça, restando mantida a sentença condenatória em sua integralidade.

No presente *writ*, o Impetrante alega que a defesa requereu o direito do réu recorrer em liberdade e que tal pleito sequer foi apreciado pelo magistrado de 1.ª instância.

Afirma que o flagrante foi forjado, já que a única testemunha é policial militar, vizinho do Paciente e seu inimigo.

Informa, ainda, que a sentença aplicou a redução prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antidrogas, no patamar mínimo, sem base legal para tanto, já que o Paciente é primário, possui bons antecedentes e não integra nenhuma organização criminosa.

Requer, em liminar, a concessão da liberdade provisória e, no mérito, a procedência do *writ*.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 25.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 30/32, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 42/49, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.544 - MG (2009/0117568-9)

EMENTA

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FLAGRANTE FORJADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO SINGULAR, NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE.*

1. Descabe, na estreita via do *writ*, proceder ao aprofundado reexame de fatos e provas para o fim de reconhecer tratar-se de flagrante forjado. Precedentes.

2. Não se descarta que o Plenário Virtual da Corte Suprema reconheceu a existência de repercussão geral da questão suscitada no Recurso Extraordinário n.º 601.384/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – no qual se discute a validade da cláusula proibitiva de liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Entretanto, a matéria em análise no referido Recurso Extraordinário ainda não teve o mérito debatido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo, na jurisprudência dos Tribunais Pátrios, o entendimento 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. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

4. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento "*de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar*" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 28/08/2008.)

5. 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.

6. Na hipótese, a quantidade e a qualidade das drogas apreendidas – 3,10g de cocaína em pó, 24,97g de crack e 4,09g de cocaína – justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços). Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demandar análise de matéria fático-probatória.

7. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

VOTO

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

De início, cumpre salientar que o *habeas corpus* não é meio idôneo para se acolher a tese de que o Paciente teria sido vítima de flagrante forjado, por demandar, no caso, a reapreciação dos fatos e provas constantes dos autos, incabível na via exígua do writ.

Nesse sentido:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. FLAGRANTE FORJADO. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. *Não é inepta a denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crime em tese, revelando-se suficiente ao exercício do direito de defesa.*

2. *A conclusão acerca da real ocorrência de flagrante forjado demandaria o exame aprofundado das provas, providência incompatível com a via estreita do habeas corpus.*

3. *Recurso a que se nega provimento.*" (RHC 18.544/MG, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ de 17/09/2007.)

"CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO. ARGUMENTO NÃO APRECIADO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE FORJADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. *Pleito de reconhecimento do excesso de prazo para a formação da culpa.*

II. *A matéria suscitada não foi apreciada pelo Tribunal a quo, não tendo sido objeto de debate e decisão em 2º grau de jurisdição.*

III. *A análise do tema ocasionaria indevida supressão de instância.*

IV. *A via estreita do habeas corpus não se presta para a análise da tese de ocorrência de flagrante forjado, em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório, inviável na via eleita. Precedentes.*

V. *A negativa de autoria deve ser analisada no âmbito da instrução criminal, ocasião na qual é possível a ampla dilação de fatos e provas, podendo o paciente argüir todos os fundamentos que considerar relevantes para provar a inexistência de configuração da autoria, ou da materialidade do crime.*

VI. *Ordem não conhecida.*' (HC 41.370/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 01/07/2005.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. COTEJO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVAS. FLAGRANTE. FORJADO. TESTEMUNHAS REFERIDAS. AMPLA DEFESA.

I - Em sede de habeas corpus, a ocorrência de forja quando da prisão do paciente - fundamento da impetração nesse ponto - deve ser passível de imediata verificação, sem recurso ao vedado minucioso cotejo analítico das provas.

II - Não traduz, por outro lado, hipótese de cerceamento de defesa o indeferimento de tardio pedido de produção de prova testemunhal, pois, como não se trata de testemunha referida em juízo durante a instrução, mas sim mencionada quando das declarações prestadas perante a autoridade policial, teve a defesa a chance de arrolá-la desde o início do feito.

Ordem denegada." (HC 13.915/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 04/12/2000.)

Quanto ao pretendido direito de recorrer em liberdade, constata-se que o magistrado sentenciante entendeu pela manutenção da custódia cautelar do Paciente nos termos seguintes, *in verbis*:

"O acusado permanecerá preso, devendo ser recomendado no presídio (TJMG, Súmula Criminal n.º 7)." (fl. 18)

Sobre o tema, é mister mencionar que o Eminentíssimo Ministro MARCO AURÉLIO, do Supremo Tribunal Federal, relator do Recurso Extraordinário n.º 601.384/RS – no qual se discute a validade da cláusula proibitiva de liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 –, assim se manifestou quanto à repercussão geral na referida causa:

"PRONUNCIAMENTO: PRISÃO PREVENTIVA – FLAGRANTE – TRÁFICO DE DROGAS – FIANÇA VERSUS LIBERDADE PROVISÓRIA, ADMISSÃO DESTA ÚLTIMA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. A Assessoria assim retratou as balizas em jogo:

'Submeto a Vossa Excelência o que debatido no Recurso Extraordinário nº 601.384-1/RS, para exame da oportunidade de incluir a matéria no sistema eletrônico da repercussão geral.

O Superior Tribunal de Justiça assentou não ser lícito o indeferimento da liberdade provisória a acusados da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes com base apenas na vedação contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006. A confirmar esse entendimento, e com finalidade de adequar a legislação ordinária ao texto constitucional, estaria a Lei nº 11.464/2007, aplicável a todos os crimes hediondos e proibitiva unicamente da fiança.

Conforme o voto condutor do julgamento, a restrição da liberdade deve sempre estar alicerçada em elementos concretos, sob pena de desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência. A possibilidade de ser concedida liberdade provisória nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

casos de crimes hediondos também decorreria da circunstância de haver vedação constitucional apenas à fiança – artigo 5º, inciso XLIII, da Carta da República.

No extraordinário interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o Ministério Público Federal articula com transgressão do artigo 5º, inciso XLIII, da Carta de 1988. Afirma que a impossibilidade de concessão da liberdade provisória a agentes presos em flagrante pela prática de crimes hediondos e equiparados – como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes – deriva da própria inafiançabilidade imposta pela Lei Maior. Menciona precedente do Supremo para sustentar a prevalência da Lei nº 11.343/2006 sobre a Lei nº 11.464/2007, considerado o princípio da especialidade das leis.

Sob o ângulo da repercussão geral, assevera haver interesse de toda a sociedade na justa aplicação das normas penais e na correta exegese do artigo 5º, inciso XLIII, da Carta da República. Aduz que o tema relativo à concessão de liberdade provisória sem fiança a agentes presos em flagrante pelo cometimento de crimes hediondos e equiparados, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes, ultrapassa os interesses das partes envolvidas no litígio, *“dada sua aptidão para fazer surtir efeitos no panorama jurídico e social da coletividade”*.

O Vice-Presidente da Corte de Origem, no procedimento relativo ao juízo primeiro de admissibilidade, admitiu o recurso, aludindo ao aparente conflito entre o acórdão impugnado mediante o extraordinário e a jurisprudência do Supremo.

2. Iniludivelmente, o tema está a exigir o crivo do Supremo para definir-se o alcance da cláusula constitucional vedadora da fiança nos crimes considerados hediondos. A questão que se coloca é única: havendo o flagrante, existe a possibilidade de acolher-se pedido de concessão de liberdade provisória tal como fez o Superior Tribunal de Justiça? Melhor dirá o Plenário.

3. Admito a configuração da repercussão geral.

4. Insiram o processo no sistema visando à manifestação dos demais integrantes do Tribunal.

5. À Assessoria, para o acompanhamento cabível.

6. Publiquem.

Brasília – residência –, 20 de agosto de 2009, às 10h30.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator.”

No dia 11/09/2009, o Plenário Virtual da Corte Suprema *“reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada”*, conforme o andamento do Recurso Extraordinário n.º 601.384/RS, obtido da página oficial do Supremo Tribunal Federal na *internet*.

Em que pese a matéria em análise no referido Recurso Extraordinário ainda não ter tido o mérito debatido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, prevalece, na jurisprudência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos Tribunais Pátrios, entendimento contrário à pretensão dos Impetrantes.

O legislador ordinário, reiterando o seu pensamento exposto na Lei dos Crimes Hediondos, ao editar a nova Lei de Tóxicos – Lei n.º 11.343/2006 –, vedou expressamente a concessão de liberdade provisória, *ad litteram*:

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, 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."

Julgando válida a referida proibição, o próprio Supremo Tribunal Federal, em recentes precedentes, de ambas as Turmas, denegou a ordem de *habeas corpus* em que acusados do cometimento do crime de tráfico de drogas pretendiam ser beneficiados com a liberdade provisória, *ad litteram*:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE ENTORPECENTE (ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006). CRIME HEDIONDO. CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA. OBSTÁCULO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL: INCISO XLIII DO ART. 5º (INAFIANÇABILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS). ÓBICE LEGAL: ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006. JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM DENEGADA.

1. Se o crime é inafiançável e preso o acusado em flagrante, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impedia a "fiança e a liberdade provisória", de certa forma incidia em redundância vernacular, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo artigo 1º da Lei nº 11.464/2007, ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança.

2. Manutenção da jurisprudência da Primeira Turma, no sentido de que 'a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: ...seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança...' (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence).

3. [...]." (STF, HC 97.820/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 01/07/2009.)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. [...]. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDEM DENEGADA.

I - [...]

III - A vedação à liberdade provisória para os crimes hediondos advém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5º, XLIII, da CF).

IV - Habeas corpus *denegado*." (STF, HC 96.375/PE, 1.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 18/06/2009.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA DECISÃO. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. ANTECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. Esta Corte tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei n 11.343/06).

2. [...]." (STF, HC 96.933/RN, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 21/05/2009.)

Não foi por outra razão que esta Egrégia Quinta Turma firmou o entendimento de que é válido o art. 44 da Lei n.º 11.343/2006:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006.

1. É vedada a concessão de soltura clausulada a réu preso em flagrante pelo cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, em atenção à regra do art. 44 da Lei de Tóxicos.

AÇÃO PENAL. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL FINDA. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. AGUARDADO DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. IMINÊNCIA DA SENTENÇA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. O prazo para a formação da culpa não é peremptório, podendo ser dilatado, em atenção ao princípio da razoabilidade e dentro de seus limites, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

2. Não se pode falar em coação ilegal decorrente da demora processual quando o processo crime a que responde o paciente está na iminência de ser sentenciado, aguardando-se tão-somente a manifestação da defesa quanto ao incidente de dependência toxicológica.

3. *Ordem denegada*." (HC 99.823/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 06/10/2008.)

"HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E USO DE DOCUMENTO FALSO. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. EXCESSO DE PRAZO. NÃO-OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DESÍDIA OU IRREGULARIDADE PELO ESTADO-JUIZ. FEITO NA FASE DE MEMORIAIS. SÚMULA 52 DESTA CORTE .

1. Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, 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.

2. Na espécie, nenhuma desídia restou demonstrada, de sorte a configurar constrangimento ilegal por excesso de prazo, restando justificada eventual demora na conclusão da instrução, a qual não se mostra injustificável, desarrazoada ou mesmo excessiva, em se considerando, sobretudo, a data da prisão em flagrante do Paciente, bem assim a infração penal imputada.

3. Ordem denegada." (HC 102.183/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 30/06/2008.)

Ressalte-se, por pertinente, que a supressão promovida pela Lei n.º 11.464/07 quanto à vedação legal do benefício liberdade provisória em nada afetou os posicionamentos acima esposados.

A Lei n.º 11.343/06, por regular particularmente a disciplina dos crimes de tráfico, é **especial** em relação à Lei dos Crimes Hediondos, inexistindo, portanto, nenhuma antinomia no sistema jurídico, à luz do brocardo *lex specialis derogat legi generali*.

Desse modo, sendo válida a proibição prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, é de se vedar, também, a possibilidade de apelar em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento "*de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar*" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 28/08/08.)

Nesse sentido, confira-se o recente precedente do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"HABEAS CORPUS. 1. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. 2. PEDIDO FORMULADO PARA QUE OS PACIENTES TENHAM O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE: IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ASSENTOU ESTAREM PRESENTES, NO CASO, OS PRESSUPOSTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 do 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. [...]". (STF, HC 97.883/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/08/2009.)

E, deste Superior Tribunal de Justiça, reproduzo a seguinte ementa:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. EFEITO DA CONDENAÇÃO.

1. Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação contida no artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90 é constitucional e suficiente, por si só, para impedir a concessão da liberdade provisória ao réu preso em flagrante e condenado por crime hediondo.

2. Acrescente-se, ainda, que em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes existe expressa vedação legal à concessão do benefício (artigo 44 da Lei n.º 11.343/06), o que é suficiente para negar ao Paciente o direito à liberdade provisória.

3. A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante toda a instrução criminal.

4. Recurso desprovido." (RHC 23319/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 08/09/2008.)

Assim, com amparo nos precedentes e nos posicionamentos acima apresentados, filio-me ao entendimento de que 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.

Por fim, no que diz respeito à minorante, cumpre ressaltar que o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que **"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"** (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena-base quanto para aplicar, de modo adequado, a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

Não se trata de violação ao princípio do *ne bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, no primeiro momento da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico, os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer o percentual de redução a ser aplicado em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS).

1. É certo que o Magistrado pode, fundamentadamente, estabelecer o quantum da redução dentre os patamares previstos na lei, tanto que o art. 42 da Lei n.º 11.343/06, 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.

2. No caso, a quantidade de droga apreendida em poder do paciente – 8,89 gramas de cocaína – não se mostra exacerbada a fundamentar a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em grau mínimo. Daí a ocorrência de constrangimento ilegal.

3. Consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais e se tratando de apreensão de pequena quantidade de droga, imperiosa a redução de pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços) previsto na referida minorante.

4. Ordem concedida para aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo, conseqüentemente, a reprimenda imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa."(HC 131.265/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 01/03/2010.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Correta a aplicação da minorante em seu patamar mínimo, com fundamento na expressiva quantidade de droga apreendida, sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, que a reprimenda é necessária e suficiente para reprovação do crime, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Precedente.

3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na fixação da reprimenda, devidamente fundamentada, nos termos do art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

4. Ordem denegada." (HC 133.277/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 15/06/2009.)

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade e a qualidade das drogas apreendidas – 3,10g de cocaína em pó, 24,97g de crack e 4,09g de cocaína – justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

A propósito, vejam-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.

2. O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime.

3. Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços).

4. Habeas corpus denegado." (STF, HC 100.755/AC, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 07/05/2010.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). UTILIZAÇÃO DAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM DUAS DAS TRÊS FASES DA DOSIMETRIA. INOCORRÊNCIA. REPRIMENDA ADEQUADA PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE SE AVALIAR, NA VIA DO HABEAS CORPUS, QUAL SERIA A PENA ADEQUADA AO FATOS PELO QUAL FORAM CONDENADOS OS PACIENTES. ORDEM DENEGADA.

I - Tenho que o magistrado não se utilizou das mesmas circunstâncias judiciais (quantidade e qualidade da droga) para fixar as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas-bases dos pacientes e, em ato posterior, diminuí-las no patamar mínimo (1/6), decorrente da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena liberdade de aplicar a redução no patamar conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo.

III - O habeas corpus não pode ser utilizado como forma de se verificar qual a pena adequada para os delitos pelos quais o paciente foi condenado, uma vez que representaria um novo juízo de reprovabilidade.

IV - Ordem denegada." (STF, HC 102.487/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 17/06/2010; sem grifos no original.)

Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do writ e, nessa extensão, DENEGO a ordem.

É como voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0117568-9

HC 139.544 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10701082412407 701082395081 701082412407

EM MESA

JULGADO: 03/08/2010

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 : VITOR RACHID COLUCCI E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : THIAGO ROBERTO DA SILVA OLIVEIRA (PRESO)

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 03 de agosto de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário