



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.303 - SP (2010/0209694-6)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : ILKA SAITO MILLAN - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO DE SOUZA ALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, REGIME INICIALMENTE FECHADO. PORTE DE 10 PORÇÕES DE COCAÍNA; 04 PORÇÕES DE MACONHA; 10 PEDRAS DE CRACK E GUARDA DE 48 PORÇÕES DE COCAÍNA; 41 PORÇÕES DE MACONHA E 40 PEDRAS DE CRACK. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA DO § 4º. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). PACIENTE QUE SE DEDICAVA A NARCOTRAFICÂNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. DELITO COMETIDO APÓS A LEI 11.464/07. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.

2. Ocorre que, no caso concreto, reconheceu-se que a paciente se dedicava a narcotraficância tendo em vista a quantidade de entorpecentes apreendidos (10 porções de cocaína; 04 porções de maconha; 10 pedras de crack e guardava 48 porções de cocaína; 41 porções de maconha e 40 pedras de crack), não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4º. do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação.

3. A alteração dessa conclusão ensejaria, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, in casu, não estão evidentes, impedindo a análise do tema por meio da via exígua do Habeas Corpus.

4. De outro vértice, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

5. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

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), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília/DF, 03 de maio de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.303 - SP (2010/0209694-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : ILKA SAITO MILLAN - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO DE SOUZA ALVES

RELATÓRIO

1. Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARCIO DE SOUZA ALVES, condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes (art. 33, *caput* da Lei 11.343/06), em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio TJSP, que negou provimento ao Apelo defensivo, nos termos da seguinte ementa:

TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. Impossibilidade. Palavras dos policiais que efetuaram as diligências corroboradas por outros elementos de provas.

PENA. DIMINUIÇÃO. Impossibilidade. a quantidade de entorpecentes apreendidos (réu que trazia consigo 10 porções de cocaína; 04 porções de maconha; 10 pedras de crack e guardava 48 porções de cocaína; 41 porções de maconha e 40 pedras de crack) demonstra que o apelante não é um pequeno traficante. a intenção do legislador, na referida lei, é apenas, com maior severidade o grande traficante, facultando uma condenação mais branda ao pequeno.

REGIME PRISIONAL. MODIFICAÇÃO. impossibilidade. regime prisional fechado o mais condizente à repressão e prevenção do crime cometido.

RECURSO DESPROVIDO (fls. 31).

2. Sustenta-se, na impetração, em síntese, que os critérios para redução da pena previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06 foram satisfeitos pelo paciente, porquanto possui primariedade, bons antecedentes, não se dedica a atividade criminosa e não integra organização criminosa. Requer, ainda, a aplicação de regime inicial menos gravoso para o início do cumprimento da pena.

3. Indeferido o pedido de liminar (fls. 43) e prestadas as informações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

solicitadas (fls. 52/68), o MPF, em parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República JULIETA E. FAJARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, manifestou-se pela denegação da ordem, em razão do ora *paciente não cumprir todos os elementos necessários à concessão da redução* (fls. 72).

4. Era o que havia para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.303 - SP (2010/0209694-6)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : ILKA SAITO MILLAN - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO DE SOUZA ALVES

VOTO

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, REGIME INICIALMENTE FECHADO. PORTE DE 10 PORÇÕES DE COCAÍNA; 04 PORÇÕES DE MACONHA; 10 PEDRAS DE CRACK E GUARDA DE 48 PORÇÕES DE COCAÍNA; 41 PORÇÕES DE MACONHA E 40 PEDRAS DE CRACK. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA DO § 4o. DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). PACIENTE QUE SE DEDICAVA A NARCOTRAFICÂNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INADMISSIBILIDADE DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. DELITO COMETIDO APÓS A LEI 11.464/07. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. *A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito.*

2. *Ocorre que, no caso concreto, reconheceu-se que a paciente se dedicava a narcotraficância tendo em vista a quantidade de entorpecentes apreendidos (10 porções de cocaína; 04 porções de maconha; 10 pedras de crack e guardava 48 porções de cocaína; 41 porções de maconha e 40 pedras de crack), não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação.*

3. *A alteração dessa conclusão ensejaria, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, in casu, não estão evidentes, impedindo a análise do tema por meio da via exígua do Habeas Corpus.*

4. *De outro vértice, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.

5. *Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.*

1. Alega-se que o constrangimento ilegal deriva da não aplicação do art. 33, § 4o. da Lei 11.343/06 (nova Lei de Drogas), que permitiu a redução da pena de 1/6 até 2/3 para o condenado por tráfico, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito. Requer, ainda, aplicação de regime mais benéfico.

2. É de se observar que a redução objetivou suavizar a situação daqueles que não se dedicam ao tráfico como profissão, dos que cometeram o delito pela primeira vez, do traficante ocasional (a mulher que leva a droga para o marido ou o filho viciado na cadeia, por exemplo).

3. Ocorre que, no caso concreto, a sentença e o acórdão impugnados reconheceram que o paciente, apesar de primário e sem antecedentes criminais, se dedica à narcotraficância, tendo em vista a quantidade de entorpecentes apreendidos (10 porções de cocaína; 04 porções de maconha; 10 pedras de crack e guardava 48 porções de cocaína; 41 porções de maconha e 40 pedras de crack), não preenchendo, portanto, os requisitos previstos no § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual não há que se cogitar de sua aplicação.

4. Confira-se, no que interessa, trechos do acórdão objurgado:

A r. decisão está fundamentada em farta prova incriminatória, de sorte que qualquer argumento contrário a este sentido não merece credibilidade por falta de amparo probatório.

As penas foram fixadas com critério e são mantidas.

É de se considerar que o artigo 42 da Lei 11.343/06 dispõe 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 produto, a personalidade do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos (réu trazia consigo 10 porções de cocaína; 04 porções de maconha; 10 pedras de crack e guardava 48 porções de cocaína; 41 porções de maconha e 40 pedras de crack), demonstra que o apelante não é pequeno traficante. Se tais drogas entrassem em circulação, certamente, destruiriam a vida de muitos jovens e de suas respectivas famílias (fls. 35/36).

5. A alteração dessa conclusão enseja, necessariamente, reexame aprofundado de circunstâncias fáticas, que, *in casu*, não estão evidentes, impedindo a análise por meio da via exígua do *Habeas Corpus*.

6. De outro vértice, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007, impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do *quantum* de pena aplicado. Confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 2/3. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA FECHADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1o. DO ART. 2o. DA LEI 8.072/90 PELO PLÊNARIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA FECHADO. ORDEM DENEGADA.

(...).

2. *Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2o., § 1o., da Lei 8.072/90, que preconizava o cumprimento das penas decorrentes de crimes hediondos em regime integralmente fechado, restou possibilitada a execução da sentença penal condenatória desses feitos pelos outros regimes prisionais previstos no ordenamento jurídico para a pena de reclusão, disciplinados no art. 33 do Código Penal (fechado, semi-aberto e aberto), bem como a progressão para o sistema mais brando, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo art. 112 da LEP.*

3. *Esse entendimento, todavia, no que tange aos delitos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, só tem aplicação àqueles cometidos anteriormente à vigência da Lei 11.464, de 28.03.07, haja vista que esse diploma legal preconizou que nos crimes dessa espécie a pena deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado.

4. *Considerando que, no caso concreto, a traficância ocorreu após a citada alteração legislativa, torna-se obrigatório o regime inicial fechado.*

5. *Ordem denegada (HC 113.759/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 09.12.08).*

✧ ✧ ✧

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. PRISÃO EM FLAGRANTE. APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU CUSTODIADO AO LONGO DO PROCESSO. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL. ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO DA PENA NO PERCENTUAL MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44, DA LEI 11.343/2006.

(...).

5. *A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima).*

6. *No caso concreto, verifica-se que a r. sentença condenatória, na aplicação da minorante prevista no § 4o., do art. 33 da Lei 11.343/06, considerando as circunstâncias do feito, fixou a redução em seu percentual mínimo.*

7. *Após a modificação do art. 2o., § 1o., da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, tornou-se obrigatória a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos e equiparados, independente do quantum da pena.*

8. *In casu, tendo o paciente cometido o crime sob a égide da Lei 11.464/07, é incensurável a fixação do regime inicial fechado para o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da reprimenda penal.

9. *Existe expressa vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao crime de tráfico de entorpecentes (art. 44, da Lei 11.343/2006).*

Ordem denegada (HC 137.162/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 07.12.09).

7. Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, denega-se a ordem.

8. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0209694-6

HC 190.303 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5009046497 8562009 990100825038

EM MESA

JULGADO: 03/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

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 : ILKA SAITO MILLAN - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARCIO DE SOUZA ALVES

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), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.