



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 160.349 - SP (2010/0012628-1)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA DE LAET MARSIGLIA - DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ANA RAQUEL SELAS DINIS (PRESA)

EMENTA

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

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

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

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

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

5. Ordem denegada.

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 160.349 - SP (2010/0012628-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA DE LAET MARSIGLIA - DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ANA RAQUEL SELAS DINIS (PRESA)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANA RAQUEL SELAS DINIS – cidadã portuguesa, presa em flagrante delito em 10/10/2008, como incurso no art. 33 c.c. art. 40, inciso I, ambos da Lei n.º 11.343/06 –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3.ª Região.

Consta da denúncia que, no dia 10/10/2008, no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, a Paciente foi presa em flagrante delito quando se preparava para embarcar em voo com destino à Lisboa/Portugal, trazendo consigo para fins de comércio no exterior, 545 g (quinhentos e quarenta e cinco gramas) de cocaína, contidas em algumas cápsulas que se encontravam em uma fralda que vestia, e outras no interior da vagina e do ânus.

A Paciente foi condenada à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 454 (quatrocentos e cinquenta e quatro) dias-multa no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso I, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

Inconformada, a Paciente interpôs a apelação n.º 2008.61.19.008589-7 perante a Corte *a quo*, requerendo preliminarmente, a concessão do direito de recorrer em liberdade. No mérito, pleiteou a absolvição, pelo reconhecimento do estado de necessidade justificante. Por fim, requereu (i) a redução da pena-base ao mínimo legal; (ii) a redução da pena pelo reconhecimento do estado de necessidade exculpante (art. 24, § 2º do CP); (iii) a aplicação da atenuante genérica da confissão; (iv) a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo; (v) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos recentes precedentes dos Tribunais Superiores e (vi) a declaração parcial de inconstitucionalidade, via incidental, com a redução em parte do texto do art. 44, da Lei de Drogas, no que tange à vedação da concessão de liberdade provisória, por violação ao princípio da presunção de inocência.

A Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, por unanimidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deu parcial provimento à apelação para aplicar, na dosimetria da pena da Paciente, a atenuante genérica da confissão, reduzindo sua pena para 4 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão. Eis a ementa:

"PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. ESTADO DE NECESSIDADE JUSTIFICANTE OU EXCULPANTE NÃO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA: REPERCUSSÃO NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CONFISSÃO: FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO: INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA. TRANSNACIONALIDADE: DROGAS EM VIAS DE EXPORTAÇÃO. MANUTENÇÃO DO PATAMAR DE REDUÇÃO DO ART. 33, § 4º, LEI 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS: INAPLICABILIDADE AO TRÁFICO. RECURSO EM LIBERDADE: INVIABILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. LEI ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE.

1 . Comprovadas nos autos a materialidade e autoria relativos ao crime de tráfico transnacional de entorpecentes praticado pela apelante, presa em flagrante no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP quando se preparava para embarcar em vôo com destino a Lisboa/Portugal, trazendo consigo para fins de comércio no exterior, 545 g. (quinhentos e quarenta e cinco gramas) de cocaína, em algumas cápsulas no interior de uma fralda que usava, e outras colocadas na vagina e no ânus.

2 . Não configurado o estado de necessidade justificante ou exculpante, pela falta de comprovação dos requisitos legais. Necessidades financeiras, ainda que comprovadas, não permitem o reconhecimento da exclusão de ilicitude ou de diminuição de pena.

3 - Condenação mantida.

4 . Ainda que a ré seja primária e de bons antecedentes, a quantidade e natureza da droga autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois se tratam de circunstâncias de função primordial na individualização da pena nos crimes de tráfico. Art. 42 da Lei 11343/06. Precedentes. Pena -base mantida em seis anos de reclusão.

5 . Nos casos em que a confissão constituir um dos fundamentos da condenação, deverá incidir, obrigatoriamente, como atenuante genérica, nos termos do artigo 65, III, "d", do Código Penal, a fim de reduzir a pena, ainda que retratada em Juízo. Precedentes. Redução da pena para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

6 . Mantida a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, I, da Lei 11.343/2006 na fração de 1/6 (um sexto), pois comprovado que a droga estava em vias de exportação. Pena fixada provisoriamente em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

7. A aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 exige o preenchimento de requisitos subjetivos. No caso, há indícios de que a ré figurou, ainda que eventualmente, em uma organização criminosa e transportava grande quantidade de droga. Considerando que é primária e de bons antecedentes e que o objetivo da minorante é permitir ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgador flexibilizar a aplicação e a individualização da pena, não é razoável tratá-la com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais representantes do organismo criminoso. Em casos análogos, esta Turma decide pela diminuição da pena no patamar mínimo de sexto. Contudo, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, diante da proibição da reformatio in pejus, mantida a aplicação da redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 no patamar eleito pelo Juízo (1/3). Pena fixada definitivamente em quatro anos, três meses e dez dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.

8 - Pena pecuniária reduzida para 430 (quatrocentos e trinta) dias-multa.

9 . Nos casos de tráfico de entorpecentes, não se aplica a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mormente no caso de réus estrangeiros, sem residência fixa ou atividade lícita no Brasil. Vedação expressa. Inconstitucionalidade inexistente, tendo em vista a necessidade social de conferir maior severidade a essa espécie de crime.

10 . Os crimes previstos no art. 33, da Lei 11.343/06 são insuscetíveis de liberdade provisória. Inteligência do art. 44, da mesma lei. Ademais, não tem o direito de recorrer em liberdade os acusados que permaneceram justificadamente presos durante a instrução criminal, por força de prisão em flagrante ou preventiva, ainda que sejam primários e de bons antecedentes.

11. A Lei 11.464/2007 não possibilitou a concessão da liberdade provisória aos réus que respondem ação penal pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, pois a Lei 11.343/2006 constitui legislação especial contendo vedação expressa quanto à proibição de liberdade provisória nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, não tendo sido derogada pela Lei 11.464/2007.

12. Apelação a que se dá parcial provimento." (fls. 310/312)

Contra esse acórdão, foi impetrado o presente writ, requerendo-se a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo, a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como a concessão de liberdade provisória.

Indeferida a liminar, foram dispensadas as informações do Tribunal *a quo*, uma vez que os autos estão adequadamente instruídos.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 323/332, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 160.349 - SP (2010/0012628-1)

EMENTA

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

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

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

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

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

5. Ordem denegada.

VOTO

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

A impetração pretende:

- (i) a fixação da pena-base no mínimo legal;
- (ii) a aplicação da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, no máximo;
- (iii) a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;
- (iv) a concessão de liberdade provisória.

O acórdão impugnado foi fundamentado nos seguintes termos:

"[...]"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pena-base não merece ser reduzida, pois fixada em um ano acima do mínimo legal (seis anos), em consonância com o artigo 42 da Lei 11.343/06 e artigo 59 do Código Penal.

Apesar da primariedade e bons antecedentes, a apelante não faz jus à fixação no mínimo legal considerando-se a quantidade da droga, bem como a natureza, pelos efeitos nocivos ao organismo dos usuários.

O artigo 42 da Lei 11.343/06 determina a consideração dessas circunstâncias como preponderantes para o estabelecimento das penas dos crimes que descreve.

[...]

Não assiste razão à defesa ao requerer a redução da pena-base ao mínimo legal sob o argumento de que a natureza da droga (cocaína) não é tão maléfica ao organismo quanto as demais que são usualmente traficadas (crack, ecstasy, anfetamina, heroína, LSD, etc), e que a quantidade é muito menor do que as que são comumente apreendidas.

Isso porque é cediço que a cocaína é uma droga que vicia com muita facilidade, sendo alta a lesividade à saúde dos usuários, pois pode levar a óbito ainda que consumida em pequena quantidade. Por outro lado, a cocaína que é normalmente exportada possui grau de pureza altíssimo, sendo misturada a outras substâncias antes da entrega ao consumidor para elevar o rendimento, de maneira que a quantidade da droga a ser remetida ao exterior (mais de seis quilos) não pode ser considerada baixa, ainda mais quando comparada à quantidade que é vendida diretamente aos consumidores pelos pequenos traficantes.

Assim, penso que foi necessária e justa a majoração da pena-base tendo em vista as circunstâncias citadas, além do fato de não se poder comparar a atitude de quem age como "mula" transportando grande quantidade de droga aos traficantes individuais que transportam pequena quantidade de drogas aos usuários.

Na **segunda fase da individualização da pena**, não foram consideradas circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Contudo, merece ser aplicada a atenuante genérica da confissão.

É certo que a confissão, além de voluntária, deve ser espontânea, isto é, sem intervenção de fatores externos, fruto de sincero arrependimento e lealdade processual, com a intenção de real auxílio nas investigações e que, no caso, a ré apenas admitiu os fatos por ter sido presa em flagrante, alegando, ainda, que assim agiu por dificuldades financeiras.

Porém, o Juiz sentenciante utilizou a confissão como um dos fundamentos da comprovação da autoria delitiva afirmando: [...]

Vêm decidindo nossas Cortes Superiores que, nos casos em que a confissão constituir um dos fundamentos da condenação, deverá incidir, obrigatoriamente, como atenuante genérica, nos termos do artigo 65, "d", do Código Penal, a fim de reduzir a pena:[...]

Por esses motivos, considerando as circunstâncias do fato, faço incidir, na segunda fase da fixação da pena da apelante, a atenuante genérica da confissão e reduzo a pena em seis meses, fixando-a provisoriamente em cinco anos e seis meses de reclusão.

Pelos mesmos motivos já alinhados na análise da alegação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estado de necessidade exculpante, não merece ser acolhida a alegação de estado de necessidade justificante como causa de redução de pena (art. 24, § 2º do CP), já que não comprovado de maneira eficaz os requisitos. [...]

*Ainda na **terceira fase da individualização da pena**, mantenho a aplicação da causa de aumento prevista no inciso I do art. 40, da lei de drogas em 1/6, ressaltando que o fato do artigo 33 da Lei 11343/06 contemplar a conduta de "exportar" substância entorpecente não implica em dupla valoração pelo mesmo fato, pois o objetivo da majorante é o de punir com maior rigor o comércio com o exterior, com finalidades lucrativas, e não apenas a exportação sem essa finalidade, razão pela qual não há se falar em identidade de elementares do tipo.*

Portanto, a pena ora reduzida para cinco anos e seis meses de reclusão, com o acréscimo da causa de aumento do art. 40, I, da Lei 11343/06 no patamar de 1/6, fica fixada provisoriamente em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

O MM. Juiz aplicou a causa de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11343/06 e diminuiu a pena em 1/3.

Nesse aspecto, não assiste razão à defesa ao requerer a aplicação no grau máximo.

A nova lei trouxe ao ordenamento jurídico, no parágrafo 4º de seu artigo 33, a possibilidade de redução de 1/6 a 2/3 da pena:

'Nos 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 e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa'

Para sua aplicação, exige-se o preenchimento de requisitos subjetivos, ou seja: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração de organização criminosa, a fim de permitir ao julgador flexibilizar a aplicação e a individualização da pena, pois, como o tráfico, em geral, é praticado por quadrilhas ou em concurso de agentes, não seria razoável tratar o traficante primário, ou mesmo as "mulas" em comento, com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais representantes do organismo criminoso.

Assim, a redução máxima está reservada aos casos de tráfico eventual para usuários de pequenas quantidades de droga, nos casos em que também forem totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP.

O parâmetro para a graduação da redução deve ser extraído da razão que motivou a edição da lei e da causa de diminuição, ou seja, o tratamento privilegiado ao traficante de primeira viagem e o recrudescimento do tratamento do tráfico em geral, aliado às disposições contidas nos artigos 42 da Lei 11343/06 e do artigo 59 do CP.

Deve ainda considerar-se a quantidade da droga, elemento decisivo também para o estabelecimento do "quantum" da redução da pena, nos casos em que for aplicado o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Na hipótese dos autos, não cabe a redução no patamar máximo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois a conduta da apelante se insere em estágio intermediário da cadeia do tráfico, já que não estava vendendo a droga aos usuários, mas sim transportando mais de meio quilo de cocaína, que seria pulverizada entre vários vendedores no mercado de consumo, conduta esta que, se bem sucedida, possibilitaria o abastecimento de diversos pontos de venda de tóxicos distintos e contribuiria para a distribuição em escala mundial, sendo potencialmente mais gravosa que o mero abastecimento no mercado interno.

Ademais, embora a apelante seja primária e de bons antecedentes, há que se considerar haver indícios nos autos de que não atuava sozinha na prática delitiva. Ainda que não possa ser considerada membro efetivo do crime organizado, tudo leva a crer que figurou, ainda que eventualmente, em uma dessas organizações voltadas ao tráfico de entorpecentes, tendo em vista que declarou que havia sido aliciada para transportar a droga.

Nessa ordem de idéias, não merece a diminuição da pena no patamar máximo, instituída no mencionado diploma legal. Para tanto, além das condições já consideradas, haveriam de concorrer outras circunstâncias relevantes, como a situação de miserabilidade, a baixa instrução e a pouca inserção no meio social, a condição de dependente, o desempenho de atividade lícita, a tenra ou avançada idade e tantas outras, que não restaram comprovadas.

A lei previu, ainda, índice de redução em escala variável (de um sexto a dois terços), de maneira que concedeu ao juiz, diante das peculiaridades de cada caso, discricionariade (que não se confunde com arbitrariedade) na determinação do quantum da redução, para que se concretize uma pena que atenda, de forma coerente, as finalidades de repressão e prevenção em cada caso, e que são bastante diversificadas nos casos de tráfico de drogas.

Assim sendo, não se aplicará a redução da pena no grau máximo indiscriminadamente, a todo e qualquer traficante, pois, caso assim fosse, estar-se-ia comparando os chamados "mulas" aos denominados "aviõezinhos", traficantes individuais que transportam pequena quantidade de droga para os usuários e estimulando os chefes das grandes organizações transnacionais a praticar cada vez mais o tráfico ilícito de entorpecentes.

[...]

Do artigo transcrito, depreende-se que, para se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha requisitos objetivos e subjetivos, o que não se verifica na presente hipótese.

O motivo deste crime foi o lucro fácil, alimentando vício alheio. Levando-se em consideração os motivos e as circunstâncias do crime, observa-se que a substituição da pena privativa de liberdade não se mostra suficiente para impedir que a apelante volte a traficar drogas, restando o desejo de ganho irrefletido de dinheiro. Por outro lado, a permutação das reprimendas levará o incriminado para dentro de instituições públicas, tais como escolas, creches, hospitais, etc., onde poderá dar continuidade ao seu nocivo comércio.

Quando se trata de traficância, não é, portanto, socialmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recomendável a substituição em epígrafe, em razão do risco que irá expor as entidades e instituições públicas, colocando elementos ligados a traficantes, em seu interior, para prestarem serviços. Ademais, trata-se de ré estrangeira, sem qualquer vínculo ou atividade lícita no Brasil.

Por outro lado, a vedação tem fundamento nos artigos 33, parágrafo 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, que proíbem expressamente que a pena privativa de liberdade cominada, embora possa ser objeto de redução, seja convertida em restritiva de direitos.

Se, de um lado, optou o novo legislador pelo controle penal mais brando para o condenado primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa, pelo crime de tráfico de entorpecentes e tipos penais equiparados, de outro, não o liberou do efetivo cumprimento da pena reclusiva.

Acredita-se na função preventivo-repressiva da pena privativa de liberdade como instrumento eficaz ao combate das atividades relacionadas ao tráfico de entorpecentes. Por estes motivos, deixa-se de substituir a pena corporal das acusadas por restritiva de direitos, não havendo como falar em inconstitucionalidade.

[...]

No tocante ao pleito pela concessão do direito de recorrer em liberdade, a Lei nº 11.343/2006, no artigo 44, estabeleceu que os crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º e 34 a 37 são insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Estabeleceu, ainda, no artigo 59, que, nesses crimes, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

Contudo, é orientação consolidada nas Cortes Superiores que não tem o direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante a instrução criminal, por força de prisão em flagrante ou preventiva, ainda que seja primário e de bons antecedentes. Ademais, um dos efeitos da sentença condenatória é o do réu ser conservado na prisão.

No caso, a apelante foi presa em flagrante e assim permaneceu durante o desenrolar da ação penal. Por outro lado, trata-se de acusada estrangeira, sem vínculos com o distrito da culpa, razão pela qual sua soltura prejudicaria a aplicação da lei penal.

Não há mácula constitucional que impeça a aplicação do artigo 44, da Lei 11.343/06, pois a previsão em lei de proibição de concessão de liberdade provisória é fruto de uma política criminal mais rigorosa de repressão dos crimes de tráfico de entorpecentes.

[...]

Por outro lado, a vigência da Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º, II, da Lei 8.702/90 afastando a vedação à liberdade provisória aos crimes equiparados a hediondos, não revogou o disposto no artigo 44 da lei 11.343/06 em relação à liberdade provisória, já que a Lei 11343/06 se trata de legislação especial, que expressamente veda essa concessão aos acusados de tráfico de drogas.

[...]

A prisão é necessária pois, além de a apelante ter respondido ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo preso à disposição da Justiça, é estrangeira sem vínculos com o distrito da culpa, de forma que a prisão tem por finalidade assegurar o próprio resultado do processo e a aplicação da lei penal, com o cumprimento integral da pena, evitando que venha a se evadir.

Por fim, não prospera a alegação de que a prisão cautelar é excepcional por se constituir em obstáculo ao princípio constitucional da presunção da inocência. Essa questão foi superada com a edição da Súmula 09 do STJ, que dispõe: "A EXIGÊNCIA DA PRISÃO PROVISÓRIA, PARA APELAR, NÃO OFENDE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA" (SUMULA 09-STJ).

Com tais considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação, apenas para aplicar, na dosimetria da pena da apelante, a atenuante genérica da confissão, reduzindo sua reprimenda para 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 430 (quatrocentos e trinta) dias-multa.

Caso haja interposição de recurso, expeça-se guia de execução provisória com base na pena ora aplicada.

[...]" (fls. 295/312)

Pois bem. 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"**. Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação 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 11.343/06 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:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, DJ de 01/03/2010.)*

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

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. APLICAÇÃO UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS EM PODER DO PACIENTE. DESFAVORABILIDADE. FIXAÇÃO DA SANÇÃO MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE REPRIMENDA IRROGADO. MITIGAÇÃO DEVIDA. COAÇÃO ILEGAL PARCIALMENTE DEMONSTRADA.

1. Em consonância com o art. 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena-base dos delitos de tráfico de entorpecente, será considerado, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto tóxico apreendido.

[...]" (HC 114.472/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 03/08/2009.)

Assim sendo, em que pese a fixação da pena-base 1 (um) ano acima do mínimo legal, não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na condenação da ora Paciente, devidamente fundamentada, nos termos do art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

Quanto à questão da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º da Lei de Tóxicos, o acórdão impugnado foi fundamentado nos seguintes termos:

"[...] O MM. Juiz aplicou a causa de redução de pena prevista no §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º do artigo 33 da Lei 11343/06 e diminuiu a pena em 1/3.

Nesse aspecto, não assiste razão à defesa ao requerer a aplicação no grau máximo.

A nova lei trouxe ao ordenamento jurídico, no parágrafo 4º de seu artigo 33, a possibilidade de redução de 1/6 a 2/3 da pena:

'Nos 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 e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa'

Para sua aplicação, exige-se o preenchimento de requisitos subjetivos, ou seja: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração de organização criminosa, a fim de permitir ao julgador flexibilizar a aplicação e a individualização da pena, pois, como o tráfico, em geral, é praticado por quadrilhas ou em concurso de agentes, não seria razoável tratar o traficante primário, ou mesmo as "mulas" em comento, com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais representantes do organismo criminoso.

Assim, a redução máxima está reservada aos casos de tráfico eventual para usuários de pequenas quantidades de droga, nos casos em que também forem totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP.

O parâmetro para a graduação da redução deve ser extraído da razão que motivou a edição da lei e da causa de diminuição, ou seja, o tratamento privilegiado ao traficante de primeira viagem e o recrudescimento do tratamento do tráfico em geral, aliado às disposições contidas nos artigos 42 da Lei 11343/06 e do artigo 59 do CP.

Deve ainda considerar-se a quantidade da droga, elemento decisivo também para o estabelecimento do "quantum" da redução da pena, nos casos em que for aplicado o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Na hipótese dos autos, não cabe a redução no patamar máximo, pois a conduta da apelante se insere em estágio intermediário da cadeia do tráfico, já que não estava vendendo a droga aos usuários, mas sim transportando mais de meio quilo de cocaína, que seria pulverizada entre vários vendedores no mercado de consumo, conduta esta que, se bem sucedida, possibilitaria o abastecimento de diversos pontos de venda de tóxicos distintos e contribuiria para a distribuição em escala mundial, sendo potencialmente mais gravosa que o mero abastecimento no mercado interno.

*Ademais, embora a apelante seja primária e de bons antecedentes, há que se considerar haver indícios nos autos de que não atuava sozinha na prática delitiva. Ainda que não possa ser considerada membro efetivo do crime organizado, tudo leva a crer que figurou, ainda que eventualmente, em uma dessas organizações voltadas ao tráfico de entorpecentes, tendo em vista que **declarou que havia sido aliciada para transportar a droga.***

Nessa ordem de idéias, não merece a diminuição da pena no patamar máximo, instituída no mencionado diploma legal. Para tanto, além das condições já consideradas, haveriam de concorrer outras



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias relevantes, como a situação de miserabilidade, a baixa instrução e a pouca inserção no meio social, a condição de dependente, o desempenho de atividade lícita, a tenra ou avançada idade e tantas outras, que não restaram comprovadas.

A lei previu, ainda, índice de redução em escala variável (de um sexto a dois terços), de maneira que concedeu ao juiz, diante das peculiaridades de cada caso, discricionariedade (que não se confunde com arbitrariedade) na determinação do quantum da redução, para que se concretize uma pena que atenda, de forma coerente, as finalidades de repressão e prevenção em cada caso, e que são bastante diversificadas nos casos de tráfico de drogas.

Assim sendo, não se aplicará a redução da pena no grau máximo indiscriminadamente, a todo e qualquer traficante, pois, caso assim fosse, estar-se-ia comparando os chamados "mulas" aos denominados "aviõezinhos", traficantes individuais que transportam pequena quantidade de droga para os usuários e estimulando os chefes das grandes organizações transnacionais a praticar cada vez mais o tráfico ilícito de entorpecentes.

[...]" (fls. 305/312)

Como se vê, na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade e a qualidade da droga apreendida – 545 g de cocaína – justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), 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." (HC 100.755/AC, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 07/05/2010.)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de matéria fático-probatória.

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

Quanto ao pretendido direito de recorrer em liberdade, constata-se que o magistrado sentenciante, no que foi ratificado pelo Tribunal de origem, entendeu pela manutenção da custódia cautelar da Paciente, sob o fundamento de que ela foi presa em flagrante e respondeu a todo o processo sob custódia.

Como se sabe, no dia 11/09/2009, o Plenário Virtual da Corte Suprema reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional referente à 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, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 601.384/RS.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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 nº 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.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO PENAL. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL FINDA. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. AGUARDO 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 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 espostos.

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*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 2º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90 é constitucional e suficiente, por si só, para impedir a concessão da liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0012628-1

HC 160.349 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200861190085897

EM MESA

JULGADO: 01/03/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OZÓRIO SILVA BARBOSA SOBRINHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA DE LAET MARSIGLIA - DEFENSORIA PÚBLICA DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ANA RAQUEL SELAS DINIS (PRESA)

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.