



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.194 - SP (2012/0096691-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : LUCIANA DE OLIVEIRA FERNANDES FORTES BALAM -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BENEDITA LUCAS
PACIENTE : SILVIO TERRULIANO DE BRITO

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

5. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. DIMINUIÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES CAPTURADOS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do patamar de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, tendo em vista a diversidade e a quantidade das drogas apreendidas - **aproximadamente 1,8 kg (um quilo e oitocentos gramas) de maconha, 742 porções de crack e cerca de 100 gramas de cocaína** - bem como a natureza mais nociva das duas últimas substâncias mencionadas (cocaína e crack).

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO MAIS SEVERO JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve ser fixado de acordo com o previsto no art. 33 do Código Penal.

2. A gravidade concreta do crime, evidenciada especialmente pela diversidade e quantidade das substâncias entorpecentes capturadas, bem como pela natureza mais nociva de duas delas, justificam a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL. PREJUDICIALIDADE DO MANDAMUS NESSE PONTO.

1. Ausente ilegalidade na reprimenda fixada pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois a manutenção da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão torna objetivamente inviável a pretensão, de acordo com o art. 44, I, do CP.

2. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.194 - SP (2012/0096691-2)

IMPETRANTE : LUCIANA DE OLIVEIRA FERNANDES FORTES BALAM -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BENEDITA LUCAS
PACIENTE : SILVIO TERRULIANO DE BRITO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de BENEDITA LUCAS e de SILVIO TERRULIANO DE BRITO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento da Apelação n.º 0012080-65.2010.8.26.0577, interposta pela defesa, deu parcial provimento ao recurso, para reduzir ao mínimo legal a pena-base irrogada aos pacientes e aplicar-lhes a minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, redimensionando-lhes a reprimenda para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais pagamento de 413 (quatrocentos e treze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença que os condenou pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, do referido diploma legal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o Tribunal *a quo* teria aplicado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no seu patamar mínimo, sem fundamentação idônea que justificasse a medida.

Afirma que, tratando-se de réus primários, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis e que não são integrantes de organização criminosa, nem se dedicam a atividades ilícitas, fariam jus à redução da reprimenda na fração de 2/3 (dois terços).

Alega ainda que, uma vez deferida a incidência da minorante no seu patamar máximo e redimensionada a pena dos pacientes a quantidade inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, deveria-lhes ser concedida também a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, porquanto estariam preenchidos todos os requisitos do art. 44 do Código Penal e a vedação à concessão ao referido benefício aos condenados pelo crime de tráfico de drogas teria sido declarado inconstitucional pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal.

Busca demonstrar que o regime inicial de execução deveria ser fixado com observância do disposto no art. 33, § 2º, alíneas 'b' e 'c', ou seja, ainda que mantida as sanções nos moldes em que fixadas pelas instâncias ordinárias, cabível seria a imposição, no mínimo, do modo intermediário aos pacientes, aduzindo não ser possível fixar regime mais gravoso que o indiciado pela lei segundo a quantidade de pena aplicada tão somente com base na gravidade em abstrato do delito, nos termos do enunciado sumular nº 440/STJ.

Requeru, liminarmente e no mérito, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo, e, uma vez reduzida a reprimenda, o deferimento da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, bem como o abrandamento do regime de execução de acordo com a quantidade de pena definitivamente estabelecida aos pacientes.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.194 - SP (2012/0096691-2)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o Recurso Especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos verifica-se que os pacientes foram condenados, em primeira instância, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, tendo sido fixada para BENEDITA LUCAS a pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, e para SILVIO TERRULIANO DE BRITO a sanção de 7 (sete) anos de reclusão, também no regime mais gravoso, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, isto porque, no dia 5-4-2010, foram surpreendidos em flagrante mantendo em depósito "12 (doze) tubos contendo 19,49 g de cocaína, 1.000 (mil) invólucros totalizando 1.850,00g de *Cannabis sativa* L, 742 (setecentos e quarenta e duas) porções de crack e 1 (um) pacote contendo 77,80g de cocaína" (fls. 17).

Consta ainda da denúncia que:

Segundo se apurou, policiais civis souberam no desenrolar de investigação anterior que na residência local dos fatos o casal apelidado 'Tia Neguinha' (BENEDITA) e 'Alemão' (SILVIO) estaria envolvido no comércio de drogas, servindo a casa de depósito para a distribuição dos 'vapores', os quais se encarregavam das vendas clandestinas. Dirigindo-se ao local, os investigadores abordaram referido casal e seu filho EDGAR, constatando que ali a droga vinha sendo preparada e confeccionada para venda, haja vista o material apreendido (balança de precisão, rolos de fita adesiva, forma assadeira, caderno de anotações manuscritas, sacolés e retalhos plásticos típicos de mercancia). (fls. 17)

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso, para reconhecer a incidência em favor de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ambos os réus do previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, redimensionando a reprimenda de cada paciente para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais pagamento de 413 (quatrocentos e treze) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente da fração de incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, constata-se que o Juízo sentenciante deixou de aplicar a benesse, sob a seguinte fundamentação:

Presos na prática do tráfico, na posse de grande quantidade de entorpecente e sem comprovarem ocupação lícita, percebe-se de forma clara que desde há muito vinham fazendo do crime meio de vida, dedicando-se exclusivamente às atividades criminosas, não fazem jus à atenuante previsto no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei 11.343/06. (fls. 28)

A Corte impetrada, por sua vez, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, houve por bem aplicar a referida minorante aos pacientes, nestes termos:

Presente a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, sendo a quantidade da droga - 1,78 Kg de maconha e 742 porções de crack e cerca de 100 gramas de cocaína, recomenda-se ao menos a aplicação da causa de diminuição em seu patamar de 1/6 (um sexto) [...]. (fls. 55)

Cumprе esclarecer que, no tocante aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução da reprimenda pela causa especial em questão, esse Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que: "Se o legislador da Lei n.º 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas" (HC n.º 118.098/RS, Relator(a) Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 9-12-2008).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena 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, a personalidade e a conduta social do agente"*.

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que fixou em 1/6 (um sexto) o *quantum* de redução de pena insculpido no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que a diversidade, a natureza mais nociva do *crack* e da cocaína, bem como a quantidade de substâncias entorpecentes capturadas - **aproximadamente 1,8 Kg (um quilo e oitocentos gramas) de maconha, 742 porções de crack e cerca de 100 gramas de cocaína** - justificam a aplicação de fração da redução no patamar estabelecido.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). GRANDE QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 04 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente condenado à pena de de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 413 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 02/02/2009, transportando 01 porção de cocaína na forma de crack, pesando 150g; 01 porção de cocaína na forma de crack, com peso bruto de 0,5g; 01 porção de maconha, pesando 43 g e 01 porção da mesma substância, com peso bruto de 0,8g.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da nova Lei de Tóxicos.

3. Encontrando-se a pena-base no mínimo legal, não se constata qualquer constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto.

4. Não se verifica qualquer ilegalidade na aplicação da causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, no patamar 1/6 (um sexto), uma vez que a considerável quantidade de entorpecente justificou a incidência do redutor de pena no percentual mínimo.

5. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento.

6. O Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, sendo incabível a substituição da pena de prisão, inclusive porque sua reprimenda foi fixada acima de 04 anos de reclusão.

7. Ordem denegada.

(HC 213.657/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FIXAÇÃO DO COEFICIENTE EM 1/6 (UM SEXTO). MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS.

1. O Juízo de primeiro grau, ao aplicar a causa de diminuição de pena insculpida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, estabeleceu-a, de forma motivada e proporcional, na fração de 1/6 (um sexto), dada a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas.

Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

2. Considerando a quantidade de pena corporal aplicada - a saber, 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão -, a primariedade e as circunstâncias judiciais favoráveis, mostra-se adequada e proporcional a fixação do regime semiaberto para início da expiação.

3. A quantidade da reprimenda imposta impede a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos.

4. Ordem parcialmente concedida tão somente a fim de fixar o regime semiaberto para início de desconto da sanção corporal.

(HC 164.308/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 16/05/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime de cumprimento da pena fixado, evidencia-se que o Juiz sentenciante escolheu o modo inicial mais gravoso, por força "*do que dispõe a Lei 11.454/97*" (fls. 28), entendimento que restou mantido pelo Tribunal impetrado, sob a mesma fundamentação (fls. 59-60).

De se observar que a nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07 que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado, nos casos de condenação pelo delito do art. 33 da Lei de Drogas, foi declarada, por maioria de votos e de forma incidental, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 111.840, da Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27-6-2012, por entender-se que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, de ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

E, em assim sendo, não há ilegalidade manifesta no estabelecimento do modo fechado na hipótese, pois, não obstante a sanção de cada paciente tenha sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a gravidade concreta do crime por eles cometido, especialmente em razão da diversidade e quantidade do material tóxico capturado em seu poder, bem como a natureza mais nociva do *crack* e da cocaína, justificam a imposição do regime mais severo.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.

1. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, 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, a personalidade e a conduta social do agente".

3. Condenado o paciente à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por tráfico de 208 pedras de crack, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

4. Ordem denegada.

(HC 223.581/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 25/04/2012)

Assim, estando justificada a escolha do modo mais gravoso para o início da execução, inexistente constrangimento ilegal a ser reparado de ofício por este Superior Tribunal também quanto a esse ponto.

Por outro lado, mantida a reprimenda de cada paciente no patamar fixado pela Corte Estadual, ou seja, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois objetivamente inviável na hipótese, de acordo com o art. 44, I, do CP.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0096691-2

HC 242.194 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120806520108260577 577100120808

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LUCIANA DE OLIVEIRA FERNANDES FORTES BALAM - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: BENEDITA LUCAS
PACIENTE	: SILVIO TERRULIANO DE BRITO
CORRÉU	: EDGAR FRANCHINI LUCAS

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

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.