



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.834 - ES (2011/0270708-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MARCIO STANISLAU MANEIA JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDUTA SOCIAL, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS. DESFAVORABILIDADE BASEADA EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO E EM ARGUMENTOS GENÉRICOS. ILEGALIDADE. CULPABILIDADE. ELEVADA REPROVABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A CONCLUSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. PEQUENA QUANTIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Constitui evidente constrangimento ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto com base em elementares próprias dos tipos penais infringidos e com base em argumento genéricos.

3. Não é dado ao julgador elevar a reprimenda básica por considerar elevada a reprovabilidade da conduta do agente sem, contudo, tecer qualquer argumentação concreta que leve a essa conclusão.

3. Embora tenha sido justificada a necessidade de se impor maior reprimenda ao paciente com base nos antecedentes criminais do agente e na natureza da droga consigo apreendida, foram capturadas 11 pedras de *crack*, o que autoriza o aumento da reprimenda sob esses fundamentos, mas não no patamar estabelecido.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. NEGATIVA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL AUSENTE.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. O fato de tratar-se de agente que cometeu o crime de tráfico de drogas quando cumpria pena em regime semiaberto, demonstra que, na espécie, a negativa de conversão da sanção reclusiva se encontra justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, nem seria socialmente recomendável.

3. Inviável acoimar de ilegal o acórdão no ponto em que entendeu inviável proceder-se a permuta quando, a despeito do preenchimento do requisito objetivo - pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão -, o agente não preenchia os subjetivos. 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 REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE STJ. MODO MAIS SEVERO FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

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, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. O fato de o agente, portador de maus antecedentes, ter cometido o delito em exame quando cumpria pena em regime semiaberto, é suficiente para justificar o estabelecimento do regime mais rigoroso na espécie.

3. *Habeas corpus* concedido de ofício para reduzir a pena-base, restando a reprimenda do paciente definitiva em **1 (um) ano, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, por infração ao art. 33 da Lei 11.343/06, denegando-se a ordem no restante.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.834 - ES (2011/0270708-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MARCIO STANISLAU MANEIA JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de MARCIO STANISLAU MANEIA JUNIOR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que negou provimento à Apelação n.º 014100107375, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à sanção de 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática das infrações penais capituladas no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 e no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003, em concurso material.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o condenado teria direito a iniciar o cumprimento de sua pena em regime diverso do fechado, conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, tendo em vista sua primariedade, a favorabilidade das circunstâncias judiciais, bem como a reduzida quantidade de droga apreendida.

Ressalta que, nos termos do enunciado sumular nº 440, desta Corte Superior, sendo favoráveis as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, seria proibida a fixação de regime mais gravoso que o indicado pela lei tendo em vista a quantidade de pena imposta.

Destaca que o Supremo Tribunal Federal já teria reconhecido a possibilidade da fixação do regime inicial aberto aos condenados pelo delito de tráfico de drogas.

Alega que a quantidade e a natureza da substância entorpecente não serviriam para justificar a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto não pertenceriam ao rol de requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, e já teriam sido consideradas na primeira fase da dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requeru, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, postula pela substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos e/ou a fixação do regime inicial diverso do fechado.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.834 - ES (2011/0270708-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática das infrações penais capituladas no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343 e no art. 14, da Lei n.º 10.826, porque, no dia 25 de setembro de 2010, por volta das 17h, *"foi encontrado trazendo consigo, livre e conscientemente, 11 (onze) pedras da substância conhecida como 'crack', para fornecimento a terceiros, assim como também uma garrucha calibre 38, com numeração e marca ilegível, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar e, ainda, 1 (um) rádio comunicador portátil"* (fls. 16).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento.

Inicialmente, constata-se a presença de flagrante ilegalidade na aplicação da pena-base, que merece ser sanada de ofício através da via eleita, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.

Com efeito, da leitura da sentença condenatória infere-se que a reprimenda básica para o crime do art. 33 da Lei 11.343/06 foi estabelecida em 7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, ao seguinte fundamento:

A culpabilidade ressoa grave, sendo altamente reprovável a conduta do agente; há registro de antecedentes (fls. 50); sua conduta social não é boa, pois afirma ser usuário de drogas, nada há que se falar sobre sua personalidade; os motivos do crime não o favorecem, pois objetivava o ganho fácil; as circunstâncias extrapenais lhe são desfavoráveis, pois não pode olvidar da nocividade do delito para a saúde alheia, principalmente os usuários que adquiriram droga do acusado; não se pode cogitar sobre o comportamento da vítima, pois o sujeito passivo é a sociedade. Necessário também se observar a natureza e quantidade de droga apreendida e a personalidade e conduta do agente, conforme artigo 42 da Lei 11.343/06. A quantidade de droga apreendida foi pequena (11 pedras de crack), sendo sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta altamente prejudicial para a sociedade.

Sopesando, pois, as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao acusado, e levando em consideração a pena em abstrato prevista no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e multa.

Quanto a pena de multa, considerando o disposto nos artigos 49 e seguintes do Código Penal, bem como as circunstâncias judiciais já analisadas (artigo 59 do CP) e a condição econômica do acusado, que não é boa, e ainda os limites previstos no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 (500 a 1.500 dias-multa), fixo a PENA DE MULTA em 500 (quinhentos) dias-multa, valorando cada dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, reduzindo esta, ante as circunstâncias acima elencadas, em 2/3, alcançando 184 (cento e oitenta e quatro) dias, independente de eventual redução aplicada na pena de reclusão. (fls. 164).

O Tribunal de Justiça, julgando o apelo defensivo, negou-lhe provimento, mantendo a sentença, pois embora tenha entendido que: *"É inconteste que o juiz baseou-se em referências completamente genéricas", concluiu "adequado manter esse patamar, uma vez que o acusado foi preso com quantidade considerável de drogas (11 pedras de crack), sem contar que a natureza da droga também deve ser ponderada na elaboração da dosimetria, sobretudo porque são circunstâncias que revelam a existência de um maior desvalor da conduta criminosa"* (fls. 133-134).

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, e, em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, da leitura do édito condenatório tem-se que o aumento da sanção básica quanto ao crime de tráfico teve por base elementares do tipo penal violado, quando considerou desfavoráveis os motivos e as conseqüências da conduta criminosa do paciente, já que o lucro fácil é inerente à atividade ilícita em questão, assim como o perigo à saúde pública com a venda de entorpecentes, não sendo, portanto, tais argumentos idôneos a justificar a elevação da sanção na primeira etapa da dosimetria.

A propósito, deste Relator:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTAR DO TIPO. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Não obstante o tipo penal prever que as condutas elencadas no art. 33 da Lei nº 11.343/06 possam ter o fim que não o lucro fácil, por certo que a motivação predominante daqueles que exercem o tráfico de drogas é efetivamente o lucro alto e rápido proporcionado pela sua prática; a ganância desmedida, em prejuízo de toda a sociedade.

2. Não é dado ao juiz sentenciante se utilizar de elementares do próprio tipo penal infringido - narcotráfico - para considerar desfavoráveis ao paciente os motivos do crime, consistentes na obtenção de lucro fácil.

3. Habeas corpus concedido para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 646 (seiscentos e quarenta e seis) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

(HC 145.062/MS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011 - grifamos)

A culpabilidade, por seu turno, foi tida por "altamente reprovável", deixando, contudo, o sentenciante de indicar fundamentos concretos que levassem a essa conclusão, levando a crer que assim considerava em razão da própria prática criminosa, o que já foi considerado pelo legislador quando da estipulação das penas mínimas e máximas em abstrato para a conduta criminosa, merecendo, por isso, afastada.

Nesse norte:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E USO DE DOCUMENTOS FALSOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, AS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS DOS ACUSADOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTENSIDADE DO DOLO, MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA NULA. PRECEDENTES DO STJ.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada – observado o critério trifásico –, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Na hipótese, quanto à circunstância relativa à culpabilidade dos pacientes, verifica-se que o magistrado, impropriamente, sopesou a intensidade do dolo da conduta delitiva, consubstanciado apenas no argumento vago e genérico da consciência destes de participação de uma organização criminosa.

3. A circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.

4. Consoante jurisprudência consolidada nesta Corte e no Pretório Excelso, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para majorar a pena-base.

5. Por fim, quanto à personalidade delitiva, tem-se que o julgador, utilizando-se dos envolvimento penais pretéritos dos agentes ("propósitos voltados para a atividade criminosa"), novamente, de forma imprópria, majorou a pena-base dos pacientes. A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito.

6. Ordem concedida para, mantida a condenação dos pacientes, anular a sentença condenatória tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja elaborada, observando-se devidamente o critério trifásico, o qual deverá ser devidamente fundamentado e sem o aumento relativo aos maus antecedentes em relação ao réu Douglas Antunes.

(HC 50.331/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007, p. 550 - destacamos)

Por fim, não há como se ter como negativa a conduta social do agente tão somente pelo fato de ter se declarado usuário de drogas, sem indicação de elementos a mais a autorizar a conclusão de o uso de tóxico interfere em seu comportamento junto à sociedade.

Nesse contexto, para elevar a pena-base do paciente restam os antecedentes, tidos como negativos, a quantidade e natureza da droga consigo encontrada - 11 pedras de crack.

Assim, quanto ao estupefaciente capturado, vê-se que, não obstante as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instâncias ordinárias tenham atuado em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza destrutiva da droga encontrada - *crack* - e a quantidade apreendida, esta última não foi excessivamente elevada, o que demonstra que o aumento da pena na forma como procedida, mostra-se, por certo, desproporcional.

Dessa forma, de ofício merece ser reformada a sentença condenatória nesse ponto, a fim de diminuir a sanção-base do paciente pelo delito do art. 33 da Lei 11.343/06 para **5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mantida a de multa, pois fixada no mínimo legal**, proporcional à natureza perniciosa e a pequena quantidade do material tóxico encontrado, observando-se ainda, o reconhecimento da existência de antecedentes criminais.

A pena de multa, aliás, foi reduzida de 2/3 pelo sentenciante, ficando, então, em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, e não em 184 (cento e oitenta e quatro) dias-multa, como contabilizado na condenação (fls. 164).

Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Mantida, no entanto, a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, estipulada pelas instâncias ordinárias na fração de 2/3 (dois terços), a pena do paciente resta definitiva em **1 (um) ano, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantida a de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias**.

Relativamente à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o juiz singular entendeu inviável proceder-se à almejada permuta, sob o argumento de que:

Tendo em vista que, nada obstante a declaração incidental de inconstitucionalidade do 44 da Lei 11.343/06 (cf. HC 97.256-RS), e, levando-se em conta a gravidade do delito em questão e a sua incompatibilidade e inadequação com locais apropriados para eventual prestação de serviços, tais como escolas, hospitais, centros educacionais ou recreativos, considerando, ainda, a ausência de informações acerca de referidos estabelecimentos e o não preenchimento do requisito constante do artigo 44, III do Código Penal, já que a conduta social e a personalidade dos réus, bem como os motivos e as circunstâncias do crime não indicam ser suficiente esta medida, tornando, por tais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razões, INCABÍVEIS AS SUBSTITUIÇÕES previstas nos artigos 44 e 77 do Código Penal" (fls. 165-166).

A Corte Estadual, por sua vez, manteve a negativa de substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, considerando o seguinte:

*[...] por mais que tenha preenchido o requisito objetivo (pena não acima de 4 anos; réu não reincidente em crime doloso e crime cometido sem grave ameaça ou violência), o mesmo, por sua vez, não atende aos requisitos subjetivos (art. 44, III), **principalmente porque as circunstâncias elencadas no art. 42 da Lei nº 11.343/2006 lhe são desfavoráveis (quantidade e natureza da droga), elementos considerados na primeira fase de dosimetria da pena.***

*Diante de tais ponderações, não vejo como possa ser substituída a pena privativa de liberdade do apelante, principalmente porque o quadro fático-probatório conduz à conclusão de que, se o mesmo for posto em liberdade neste momento - **sem contar o ponto incontroverso de que se trata de sentenciado fugitivo** -, certamente continuará auxiliando o narcotráfico [...]. (fls. 134-135)*

É certo que, inicialmente, esta Quinta Turma adotou o entendimento de que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a vedação expressa contida no art. 44 da aludida norma (nesse sentido: *HC 154.799/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 27/09/2010; HC 146.032/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 13/09/2010*).

Contudo, em 1º de setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 da novel Lei de Drogas, bem como da expressão "*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Ayres Britto.

Aliás, o Senado Federal, através da Resolução n. 5, de 15-2-2012, suspendeu a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" do § 4º do art. 33 da Lei 11.343-6, dada a declaração de inconstitucionalidade aludida, dando cumprimento ao previsto no art. 52, X, da CF/88.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões dos arts. 33, § 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, pela Suprema Corte, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, e observada a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de parte do art. 33, § 4º, da Lei citada, por força do art. 52, X, da CF/88, afigura-se possível, em princípio, a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas, mesmo que cometido na vigência da novel Lei Antidrogas.

Mas, para proceder-se à substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, necessário o preenchimento das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da benesse, previstas no art. 44 do CP.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se que foi negado ao acusado o referido benefício, não somente em razão da vedação legal à sua aplicação, mas diante do não preenchimento dos requisitos subjetivos legalmente exigidos, haja vista tratar-se de *"sentenciado fugitivo"* (fls. 135), conforme bem ressaltado pelo Tribunal *a quo* no julgamento da apelação, o qual confessou no ato de sua prisão que *"estava cumprindo pena em regime semi aberto no IRS de Vila Velha, sendo que ao sair para trabalhar há cerca de nove dias decidiu não mais retornar àquele estabelecimento prisional pois temia por sua vida naquele local"*, sendo certo que também afirmou que *"já foi preso e processado por crimes de furto e roubo"* (fls. 132).

Tais circunstâncias, somadas, evidenciam que, *in casu*, a negativa de permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, nem seria socialmente recomendável.

Assim, a despeito do preenchimento do requisito objetivo - pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão - inviável acoimar-se de flagrantemente ilegal a decisão da Corte Estadual que manteve a negativa da permuta por entender não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44, inciso III, do Código Penal para a concessão do benefício.

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado ao condenado, verifica-se que o magistrado sentenciante escolheu o modo inicial fechado, *"por força*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90" (fls. 165).

A Corte Estadual, por sua vez, manteve a imposição do regime mais gravoso, consignando que *"apesar de a pena final ter sido arbitrada em patamar realmente bem abaixo do mínimo legal, tal circunstância não tem condão de alterar o regime inicial fechado que decorre de força da lei (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990)"* (fls. 134).

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), deve o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

E, em assim sendo, não há ilegalidade manifesta a ser sanada através da via eleita no estabelecimento do modo fechado ha hipótese, pois o fato de o agente, reconhecido como portador de maus antecedentes, ter cometido o delito em exame quando cumpria pena em regime semiaberto, é suficiente para justificar o estabelecimento do regime mais rigoroso na espécie.

Diante de todo o exposto, **concede-se habeas corpus de ofício** para reduzir a pena-base, restando a reprimenda do paciente definitiva em **1 (um) ano, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantida a de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias**, por infração ao art. 33 da Lei 11.343/06, denegando-se a ordem no restante.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0270708-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 224.834 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14100107375 1882010

EM MESA

JULGADO: 14/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MARCIO STANISLAU MANEIA JUNIOR (PRESO)

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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