



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.796 - RJ (2012/0131390-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WESLEY RAMOS DA SILVA

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.

DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DO TÓXICO ENCONTRADO. MITIGAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas a natureza, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - **472 (quatrocentos e setenta e duas) gramas de maconha e 1.637 (mil seiscentos e trinta e sete) gramas de cocaína.**

TRÁFICO PRIVILEGIADO. 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. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, 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. Inviável acoimar de ilegal o acórdão no ponto em que manteve o indeferimento da 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.

3. A gravidade da conduta delituosa perpetrada, dada a quantidade das substâncias tóxicas apreendidas, bem como a natureza mais perniciosa da cocaína, aliadas às circunstâncias em que ocorreu a prisão do condenado, envolvendo outros dois corréus e três adolescentes, evidenciam que, na espécie, a não conversão da sanção reclusiva se encontra justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado, nem seria socialmente recomendável.

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. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO MAIS SEVERO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, em razão especialmente da diversidade, quantidade e natureza dos entorpecentes capturados em poder do agente, somada ao envolvimento de outros dois réus e de menores no delito, justificam a imposição do regime mais severo para o inicial cumprimento da pena.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

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 convocado do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.796 - RJ (2012/0131390-7)

IMPETRANTE : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WESLEY RAMOS DA SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de WESLEY RAMOS DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negou provimento à Apelação nº 0418928-77.2010.8.19.0001, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à sanção de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito do art. 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Alega a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, Lei n.º 11.343/06 teria sido aplicado em percentual inferior ao máximo legalmente previsto sem fundamentação idônea que justificasse a medida.

Reclama que o paciente possuiria direito subjetivo à aplicação da referida minorante em seu patamar máximo, ou seja, no *quantum* de 2/3 (dois terços), tendo em vista que seria primário, portador de bons antecedentes, não se dedicaria à atividades ilícitas, bem como não seria integrante de organização criminosa.

Entende que o paciente faria jus à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, uma vez que restou condenado pelo denominado "tráfico privilegiado" e que o Supremo Tribunal Federal teria consolidado a posição referente a inconstitucionalidade dos artigos da Lei de Drogas que previam a vedação ao referido benefício aos condenados por tráfico de entorpecentes, os quais inclusive tiveram sua eficácia suspensa pelo Senado Federal através da sua Resolução nº 5, aduzindo, ao final, que estariam preenchidos os pressupostos do art. 44 do Código Penal.

Defende ainda que, sendo favoráveis as condições do art. 42 da Lei de Drogas e, subsidiariamente, as circunstâncias do art. 59 do CP, bem como tendo o paciente sido beneficiado com a minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.346/2006,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seria cabível a imposição do regime inicial aberto de execução, nos termos do art. 33, § 2º, c, do CP, destacando que a gravidade em abstrato do delito não poderia servir de subsídio, por si só, para escolha de modo de execução mais gravoso que o indicado pela lei segundo a quantidade de pena aplicada.

Requer a concessão da ordem, para que seja aplicada a redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), para que seja concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem com para que seja fixado o regime inicial aberto de execução.

Informações prestadas, noticiando a ausência de interposição de qualquer recurso contra o acórdão da apelação.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, apenas para alterar o regime inicial para o semiaberto, e, ainda, para que seja determinado ao Juízo das Execuções que proceda à verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.796 - RJ (2012/0131390-7)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas 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 o paciente foi condenado em primeira instância à sanção de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/06, porque no dia 14-12-2010, por volta das 9h, juntamente com outros dois co-réus e mais três menores de idade, *"guardavam e tinham em depósito, com o fim de traficância, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 472 gramas de substância entorpecente Cannabis sativa L (maconha), [...], prensada em um fragmento de tablete [...], envolto por papel do tipo alumínio e fita adesiva incolor, além de 1637 gramas de substância entorpecente cocaína, distribuída em 1464 embalagens de plástico rígido"* (fls. 26).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso.

Inicialmente, quanto à pretendida aplicação da minorante insculpida no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3 (dois terços), e não em 1/3 (um terço), como procedido pelas instâncias ordinárias, cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, *"[...] se o legislador não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição, impõe-se como critério a observância das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, como também, e com preponderância, as dispostas no art. 42 da Lei Antidrogas. Assim, a quantidade de droga apreendida,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução" (AgRg no HC n.º 145.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP -, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010).

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"*.

In casu, verifica-se que o juiz sentenciante fixou o patamar de 1/3 (um terço) para a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, *"atentando-se para a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, (472 gramas de maconha e 1637 gramas de cocaína)"* (fls. 48), entendimento que restou mantido pela Corte Estadual, sob a mesma fundamentação (fls. 20).

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que manteve o patamar de redução escolhido pelo Juízo singular, tendo em vista que a natureza e a expressiva quantidade das drogas apreendidas em poder do paciente e demais corréus - **472 (quatrocentos e setenta e duas) gramas de maconha e 1.637 (mil seiscentos e trinta e sete) gramas de cocaína** - justificam a aplicação de fração abaixo do patamar máximo previsto em lei, qual seja, de 1/3 (um terço), sobretudo diante do grau elevado de nocividade apresentado pela cocaína.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO SINGULAR, NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz, na fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base, considerar, com preponderância sobre o previsto no art.

59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga.

2. Na hipótese, a quantidade de entorpecente apreendido - 460,9 gramas de maconha e 24,4 gramas de cocaína - justifica a majoração na 1.^a etapa da dosimetria da pena.

3. No caso, as instâncias ordinárias, considerando os dados constantes nos autos, não aplicaram o redutor de pena previsto no § 4.^o do art. 33 da Lei n.^o 11.343/06, por dois motivos idôneos, a saber: a quantidade e a variedade da substância entorpecente apreendida e constatação de que o Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas.

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

5. Ordem denegada.

(HC 217.262/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 02/03/2012)

Inexiste, desta forma, qualquer constrangimento ilegal a ser sanado de ofício por este Tribunal Superior quanto ao ponto.

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

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, para os três apenados, ante a vedação expressa dos artigos 44 e 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, considerando que os citados artigos da lei continuam em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, pois não teve a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal através de controle concentrado, com efeito "erga omnes". [...] (fls. 49)

A Corte Estadual, por sua vez, houve por bem afastar o fundamento da vedação legal à pretendida benesse, mantendo, contudo, a negativa de substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, nestes termos:

Noutro giro, em que pese a recente Resolução do Senado Federal nº. 05 de 15.02.2012 ter suspendido a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º, do artigo 33, da Lei nº. 11.343/2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC nº 97.256/RS, há que se verificar, em cada caso, a presença dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal para a efetivação da substituição da pena privativa de liberdade.

[...]

Na hipótese dos autos, o alto grau de reprovabilidade da conduta, a quantidade e a variedade de drogas, bem como as circunstâncias do crime deixam evidente a ausência do requisito previsto no inciso III, do artigo 44, do Código Penal. (fls. 21-24)

De fato, 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 o indeferimento do referido benefício foi mantido pela Corte *a quo* não em razão da vedação legal à sua aplicação, mas diante do não preenchimento dos requisitos subjetivos legalmente exigidos, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, evidenciada, sobretudo, pela diversidade, natureza e considerável quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas com o paciente - **472 (quatrocentos e setenta e duas) gramas de maconha e 1.637 (mil seiscentos e trinta e sete) gramas de cocaína** - circunstâncias que, **somadas às demais circunstâncias em que ocorreu a prisão do condenado, envolvendo outros dois corréus e três adolescentes**, 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.

Nesse norte, o seguinte precedente, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. PACIENTES CONDENADOS A QUATRO ANOS DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECLUSÃO E SESSENTA DIAS MULTA. VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONVERSÃO DE PENA NÃO RECOMENDÁVEL.

1. Não é possível, nesta sede, desconstituir o decidido pela Corte de origem, a qual, em acórdão suficientemente motivado, entendeu tratar-se o caso de tráfico de drogas, não de porte para consumo.

2. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

3. No caso, os pacientes são primários e lhes foi desfavorável apenas uma circunstância judicial, isto é, a culpabilidade. Por isso, tem-se por razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto, suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

4. Mesma sorte não lhes assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a quantidade de droga apreendida não recomenda o benefício.

5. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 144.476/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 14/02/2011 - destacamos)

E, deste Relator, tem-se ainda:

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. 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. ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, 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. Inviável acoimar-se de ilegal o acórdão no ponto em que entendeu indevida 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.

3. A gravidade da conduta delituosa perpetrada, revelada pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

envolvimento de uma adolescente no fato criminoso, bem como pela quantidade e natureza mais perniciosa da substância tóxica apreendida - 168 porções de crack embalados para a venda - demonstram que, na espécie, a não conversão da sanção reclusiva se encontrava justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

[...]

2. Ordem denegada.

(HC 220.173/MG, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 24/08/2012)

Assim, inviável acoimar de ilegal o acórdão no ponto em que manteve o indeferimento da permuta quando, a despeito do preenchimento do requisito objetivo - pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão -, o agente não preenchia o subjetivo, haja vista a gravidade da conduta delituosa perpetrada, dada a diversidade, quantidade e a natureza de uma das drogas - cocaína - apreendidas com o paciente, e as circunstâncias em que praticado o delito.

Quanto ao regime de cumprimento da pena fixado ao condenado, evidencia-se que o juiz sentenciante escolheu o modo inicial mais gravoso "*por força do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, a qual deve retroagir por ser mais benéfica aos apenados*" (fls. 49).

O Tribunal impetrado, por sua vez, ratificou a escolha do magistrado singular, sob os seguintes argumentos:

Quanto ao regime prisional, certo é que o crime de tráfico ilícito de drogas impõe o cumprimento inicial da pena em regime fechado, pois trata-se de crime hediondo, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90.

É que a Lei nº. 11.464/2007 não retirou do tráfico a natureza hedionda, mas apenas permitiu a progressão de regime aos executores de tal delito. (fls. 20)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 a ser sanada através da via eleita no estabelecimento do modo fechado na hipótese, pois a gravidade concreta do crime cometido pelo agente, especialmente em razão da variedade e quantidade dos entorpecentes capturados em seu poder e da natureza mais lesiva da cocaína, que, somadas ao envolvimento de menores no crime, justificam a imposição do regime mais severo.

A propósito:

PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA DAS DROGAS. PRÁTICA DELITUOSA ENVOLVENDO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos e 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, por tráfico de 8,3 g de cloridrato de cocaína e 2,1 g de cocaína compactada, praticado com a participação de adolescente, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

4. Ordem denegada.

(HC 215.288/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012)

Assim, estando justificada a escolha do modo mais gravoso para o início da execução, inexistente constrangimento ilegal a ser reparado de ofício quanto ao ponto.

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: 2012/0131390-7

HC 246.796 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 4189287720108190001

EM MESA

JULGADO: 20/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: WESLEY RAMOS DA SILVA
CORRÉU	: CHRISTIANO BARBOSA LAURENTINO
CORRÉU	: DANIEL PEREIRA BARBOSA

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, 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.