



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.067 - SP (2012/0175538-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : **MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **JEFFERSON DE OLIVEIRA SILVA (PRESO)**

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. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 mínimo de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas a quantidade e a natureza altamente danosa da substância entorpecente apreendida com o paciente - 124,70 gramas de *crack*.

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 a negativa de permuta quando não preenchido o requisito subjetivo, pois a quantidade e a natureza mais perniciosa do material tóxico capturado evidenciam que a conversão da sanção reclusiva realmente 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 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 DESTES STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA INFRAÇÃO. MODO FECHADO JUSTIFICADO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

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 agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. A gravidade concreta do crime, evidenciada pela quantidade e natureza mais lesiva do entorpecente apreendido, justificam a imposição do regime fechado para o inicial cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 252.067 - SP (2012/0175538-7)

IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON DE OLIVEIRA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de JEFFERSON DE OLIVEIRA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal nº 0049234-49.2010.8.26.0050, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à sanção de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime fechado, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido fundamentada a negativa de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo, em ofensa ao art. 93, IX, da CF/88.

Alega que deveria ser fixado regime menos gravoso, bem como substituída a sanção reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista a primariedade do paciente e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Requeru, liminarmente, que o sentenciado fosse imediatamente transferido para o regime aberto, ou convertida a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, e, no mérito, pugna pela aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo, pela fixação do modo de execução aberto e pela substituição da sanção reclusiva.

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 252.067 - SP (2012/0175538-7)

VOTO

O 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 JEFFERSON DE OLIVEIRA SILVA foi condenado, em primeira instância, à sanção de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, porque, no dia **28-6-2010**, conforme consta da exordial acusatória, *"trazia consigo, com a finalidade de traficância, drogas, consistentes em 01 (um) saco plástico de 'crack', substância que contém cocaína e que determina dependência física e psíquica, com peso líquido de 124,7g, consoante o auto de exibição e apreensão a fls. 14/15 e o laudo de constatação prévia a fls. 13, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar"* (fls. 8).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a sentença condenatória.

Opostos embargos declaratórios pela defesa, foram rejeitados.

Relativamente à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o juiz sentenciante houve por bem aplicar a benesse, nestes termos:

[...] Aplico a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, reduzindo a pena de 1/3, resultado em 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa. (fls. 15)

A Corte Estadual, por sua vez, salientando que o paciente foi flagrado na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posse de 124,70 gramas de crack (fls. 23), houve por bem manter a aplicação da minorante na fração de 1/3 (um terço), com as seguintes considerações:

No que concerne a reprimenda, observa-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal e o apelante beneficiado com a aplicação da causa legal de diminuição da pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na fração de um terço (1/3), perfazendo a sanção penal de 3 anos e 4 meses de reclusão, não se justificando maior redução, sob pena de banalização do delito e ofensa ao princípio da proporcionalidade, que abarca a garantia da proteção eficiente.

Além disso, o juiz, analisando o caso concreto tem liberdade para, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, optar por uma redução máxima ou mesmo por um aumento mínimo, diante da gravidade do crime.

Mesmo porque, cabe ao Poder Judiciário resguardar a ordem social e jurídica, dando a medida exata da reprimenda adequada a coibir estas condutas extremamente deletérias, e, ao mesmo tempo, objetivando a reeducação do apenado, para que ele volte a viver em sociedade e, mais, trilhe o caminho do cumprimento de suas obrigações, deveres e restrições naturais. (fls. 23/24)

Cumpre 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).

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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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".

Nesse sentido, o seguinte precedente:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

1. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 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 minorante prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n. 1.069.767/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009). (Grifos próprios).

Assim, na esteira de firme entendimento sufragado no âmbito desta Quinta Turma, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução (HC n.º 127.247/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 26-10-2009).

In casu, verifica-se que foi apreendido com o paciente **124,70g (cento e vinte e quatro gramas e setenta centigramas) de crack**, droga que, pela sua natureza altamente lesiva e pela considerável quantidade, justifica a escolha de fração de redução inferior ao máximo legalmente previsto (2/3), não havendo ilegalidade a ser sanada de ofício por este Superior Tribunal em relação a escolha do patamar de 1/3 (um terço) na espécie, pois compatível com as circunstâncias do caso concreto.

Nesse norte, deste Relator:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

2. Inexiste 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, dada a natureza e a expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 193,11 g (cento e noventa e três gramas e onze decigramas) de crack.

[...]

3. Habeas corpus parcialmente concedido, apenas para afastar a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise a possibilidade de fixação de regime inicial mais benéfico ao paciente. (HC 229.706/MG, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 20/06/2012)

No que se refere à alegação de que seria possível a conversão da sanção reclusiva em restritiva de direitos, bem como a fixação de regime inicial aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta, da leitura da sentença condenatória verifica-se que o Juízo singular negou a permuta, impondo ainda o modo inicial fechado para o cumprimento da sanção, considerando o que segue:

O regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado, a teor do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Em função da hediondez e extrema gravidade do crime, graças ao malefício que acarreta à sociedade, deixo de aplicar a substituição referida no art. 44, do Código Penal, medida que não se mostra socialmente recomendável, nem suficiente para a reprovação e prevenção do delito praticado. Anoto, por fim, que o art. 44 da Lei 11.343/06 vedou expressamente a possibilidade da substituição. (fls. 15)

A Corte Estadual, por sua vez, manteve a inviabilidade de proceder-se à permuta, mantendo ainda o regime inicial fechado para o desconto da reprimenda, assim justificando:

Assim, o regime para cumprimento de pena nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes deve ser o inicialmente fechado, nos termos da Lei nº 11.464/2007, que alterou a Lei nº 8.072/1990.

Portanto, sendo o regime inicialmente fechado para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena é o fechado, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por incompatibilidade, já que para ser concedido o benefício do artigo 44 do Código Penal há necessidade de preenchimento de todos os requisitos estabelecidos nesse dispositivo (imposição de regime inicial aberto e pena não superior a quatro anos).

Ademais, o artigo 44 da Lei de Drogas, proíbe expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, como é sabido, pelo princípio da especialidade, lei especial prevalece sobre norma geral (artigo 12 do Código Penal).

Convém mencionar que o legislador ordinário pode estabelecer vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que cabe ao julgador o exame das circunstâncias legais para estabelecer a sanção penal adequada.

Finalmente, o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal fixa tratamento mais severo para os crimes hediondos e equiparados, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes, pois a concessão de benefícios aos agentes de crimes graves como esse, prejudicaria a finalidade da pena (retribuição, prevenção e reinserção social). (fls. 25)

E, rejeitando os embargos declaratórios opostos pela defesa, o Tribunal a quo assim fundamentou quanto aos temas:

É sabido que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente, toda a sociedade.

No caso o embargante não fazia jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, pois portava expressiva quantidade de entorpecente de grande potencialidade lesiva à saúde pública (124,7 gramas de crack, laudo de fls. 76/81), na via pública, tendo confessado aos policiais que estava no local realizando tráfico ilícito de entorpecentes (depoimento de fl. 61), a evidenciar que o lugar funcionava ponto de venda de drogas, indicando comércio organizado e permanente.

Assim, atentando-se à gravidade do crime e a periculosidade da agente, percebe-se que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mostra-se insuficiente para sua reeducação, bem como repressão do delito, sendo recomendável a aplicação do regime prisional inicialmente fechado para o desconto corporal, nos moldes constantes da decisão combatida. (fls. 29 - destacamos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, tem-se que a conversão da pena reclusiva por medidas alternativas foi negada não só em razão da vedação legal ao benefício, mas diante do não preenchimento dos requisitos subjetivos legalmente exigidos, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, bem evidenciada pela quantidade e natureza altamente danosa o tóxico encontrado na posse do agente - *124,70 gramas de crack* - o que evidencia que, *in casu*, a não conversão da sanção reclusiva encontra-se justificada, pois 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. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR INTERMEDIÁRIO DE 1/3 (UM TERÇO). CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. ORDEM DENEGADA.

1. No caso dos autos, a Paciente foi presa em flagrante quando trazia consigo para fins de venda, 14 (catorze) invólucros contendo cocaína, bem como 10 (dez) invólucros contendo Cannabis Sativa L., e mais 62 (sessenta e dois) invólucros plásticos contendo cocaína em forma de crack.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a medida não se mostra socialmente recomendável, tendo em vista a natureza e forma em que foi acondicionada a droga apreendida.

4. Sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

5. Ordem denegada.

(HC 205.296/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 19/10/2011)

Assim, inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão da Corte Estadual que entendeu não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a permuta.

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado, constata-se que foi estabelecido e mantido com fundamento no previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.72/90 (fls. 15 e 54).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 de ofício também nesse ponto, pois a gravidade concreta do crime cometido pelo condenado, especialmente em razão da considerável quantidade e da natureza mais lesiva do entorpecente capturado em seu poder, justificam a imposição do regime mais severo.

Nesse diapasão, tem-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4, DA LEI N. 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO DE REDUTOR EM 1/3 (UM TERÇO). REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE RECOMENDAM O REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM DENEGADA.

1. Art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Causa de diminuição de pena. A quantidade de droga apreendida é elemento idôneo a sopesar o grau de redução da sanção pena, sendo até mesmo, circunstância a obstar a concessão da benesse. In casu, para beneficiar o sentenciado com maior redução, como pretendido na impetração, é necessário rever os critérios utilizados pela Corte originária ao adotar a redução em patamar inferior ao máximo previsto, situação que demanda revolvimento de aspectos de ordem probatória, medida inadmissível na via angusta do habeas corpus. Precedentes.

2. A disposição contida na Lei n. 11.464/07 que estabelece o regime inicial fechado para os delitos hediondos ou equiparados deve ser afastada, pois ofende o princípio da individualização da pena, ao estabelecer que todos os aludidos delitos devem iniciar a expiação da culpa no modo mais gravoso.

3. Todavia, há particularidades, no caso em apreço, que desautorizam o estabelecimento de regime mais brando, pois a quantidade e a natureza da droga apreendida - 15,760 gramas de cocaína em pedra (crack) - indicam o modo fechado para o início do resgate da pena, como sendo a medida mais adequada.

4. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 220.082/GO, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 14/03/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2012/0175538-7

HC 252.067 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11702010 492344920108260050 50100492347

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 : **MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **JEFFERSON DE OLIVEIRA SILVA (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, 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.