



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.803 - SP (2013/0204063-7)

**RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO MARCOS FERREIRA DAMASCENO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INCABÍVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. EXAME QUE SE RESERVA AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado. Precedentes.

2. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça já firmaram entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime diverso do fechado nos crimes de tráfico, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto.

4. A negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito e nos óbices legais, configurando o apontado constrangimento ilegal.

5. O exame do caso reserva-se à instância ordinária, tendo em vista o superveniente trânsito em julgado da condenação.

6. A vedação legal à substituição da pena foi afastada com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, devendo a análise dos requisitos para a obtenção da conversão da pena se dar nos termos do art. 44 do Código Penal.

7. Na hipótese, contudo, o indeferimento do benefício da substituição da pena está fundamentado na qualidade da substância (*crack*) e na quantidade (38 porções), não merecendo reparos.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para afastar a obrigatoriedade do regime fechado para início de cumprimento da pena, determinando que o Juiz das Execuções examine a possibilidade de fixação de regime menos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravoso, com base nas circunstâncias do caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedir, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.803 - SP (2013/0204063-7)

RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO MARCOS FERREIRA DAMASCENO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JOÃO MARCOS FERREIRA DAMASCENO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 250 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, pois trazia consigo, para fins de mercancia, "**32 porções de cocaína, 38 porções de crack e 19 porções de maconha**" (e-STJ fl. 11).

Inconformada, apelou a defesa, pleiteando a absolvição de ambos, por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do delito ou redução da pena, a modificação do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso.

Eis a ementa do julgado (e-STJ fl. 19):

Trafico de entorpecentes. Materialidade e autoria comprovadas. Validade de declarações de polícias. Causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de entorpecentes. Critérios de fixação da diminuição adequados. Recurso não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste *writ*, a Defensoria-impetrante alega constrangimento ilegal decorrente da fixação do regime inicial fechado para o cumprimento de pena e da negativa de substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos e de suspensão da pena.

Argumenta que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da proibição da substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos aos condenados por crime de tráfico de drogas, ressaltando que o réu preencheria todos os requisitos legais para a conversão da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Assevera que a gravidade em abstrato do delito não justifica a fixação de regime inicial mais gravoso.

Requer a concessão da ordem, a fim de que seja fixado o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda e substituída a sanção corporal por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida em 25.6.2013.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães, opinou pelo não conhecimento da ordem (e-STJ fls. 83/84).

Prestadas as informações, o magistrado de origem noticiou que os autos retornaram à origem para certificar o trânsito em julgado. Em consulta ao sítio eletrônico daquele Tribunal, apurou-se que o feito transitou em julgado para o réu no dia 17.7.2013.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.803 - SP (2013/0204063-7)

RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO MARCOS FERREIRA DAMASCENO

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)(Relatora): Tenho por imperioso reconhecer a inadequação da via eleita, utilizada indevidamente como sucedâneo de recurso especial, pelo que não se faz merecedora de conhecimento a impetração.

As Turmas julgadoras integrantes da eg. 3.^a Seção deste Superior Tribunal de Justiça têm sinalizado a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível.

Nesse sentido, são os precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal: HC 156.087/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, HC 108.715, Rel. Min. Marco Aurélio e HC 110.423, HC 107.882 e HC 108.399, estes da relatoria do Ministro Luiz Fux.

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção do paciente.

As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça já firmaram entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime diverso do fechado nos crimes de tráfico, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto.

A esse respeito, confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AVALIAÇÃO EM CONCRETO.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Fica afastado o constrangimento ilegal, quando instância ordinária vale-se de suficiente fundamentação para a aplicação da causa de diminuição da pena em patamar inferior ao máximo legal (dois terços).

3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

4. Com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 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.

5. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

6. O Supremo Tribunal Federal entendeu possível, já diante da Lei n.º 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

7. Ordem parcialmente concedida para que o Juízo de Primeiro Grau ou das Execuções Penais - a depender a existência ou não do trânsito em julgado - reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art.

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, afastada a vedação do art. 44 da Lei n.º 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 199.619/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 27/08/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. 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 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 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com o paciente - mais de um quilo de cocaína.

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 CONDUTA. MODO MAIS SEVERO JUSTIFICADO. 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 agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

2. A gravidade concreta do delito cometido pelo agente, especialmente em razão da quantidade de entorpecente capturado em seu poder, justificam a imposição do regime mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

severo para o inicial cumprimento da pena.

2. Ordem denegada.

(HC 239.721/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2012)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS RIGOROSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO EVIDENTE. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

.....
*3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, **o que não ocorreu no caso em apreço, em que o regime fechado foi estabelecido apenas em razão da gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, ocasionando ilegalidade manifesta.***

..... 5.
Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício a fim de fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

(HC 248.522/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 03/10/2012)

Na hipótese, o julgador monocrático, ao estabelecer o regime prisional, assim se manifestou:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange ao regime prisional impositivo à espécie, mister fixar-se a modalidade inicial fechada, em consonância com o disposto no artigo 2º, parágrafo 1º da Lei n.º 8.072/90. (e-STJ fl. 16).

Verifica-se que a negativa de abrandamento do regime inicial e está baseada, exclusivamente, na hediondez do delito, em clara afronta ao entendimento anteriormente exposto e **configurando o apontado constrangimento ilegal.**

Como dito, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes está superada pelo moderno entendimento jurisprudencial, que prioriza a avaliação do caso com base em elementos concretos e à luz do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Contudo, tendo em vista o superveniente trânsito em julgado, deve-se reservar o exame do caso à instância ordinária, cabendo ao magistrado das execuções avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 do Código Penal.

No que se refere ao pedido de conversão da pena corporal em sanção alternativa, cumpre esclarecer que a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal suprimiu a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando a vedação legal à substituição de pena aos condenados pelo cometimento do delito de tráfico de drogas.

A esse respeito, confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. DIMINUIÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM DA DROGA APREENDIDA. ENTENDIMENTO DO ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ÓBICE AFASTADO. RESOLUÇÃO N.º 05/2012 DO SENADO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FEDERAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS A SEREM ANALISADOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

.....
VII. O Senado Federal editou a Resolução n.º 05/2012, publicada no DOU de 16/02/2012, suspendendo a execução da expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando a vedação legal à substituição de pena aos condenados pelo cometimento do delito de tráfico de drogas.

VIII. Considerando o teor da Resolução n.º 05/2012 do Senado Federal, publicada no DOU de 16/02/2012, verifica-se a incompatibilidade da concessão deste benefício para o apenado em regime fechado, considerando-se que a pena restritiva de direitos visa, exatamente, evitar o encarceramento.

IX. Evidenciada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastado o óbice à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

X. Deve ser determinado ao Juízo das Execuções Penais que verifique a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, adequando, ainda, o regime prisional fixado ao paciente para o desconto da reprimenda.

XI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 175.356/MG, Relator Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 20/08/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INAPLICABILIDADE.

CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME MENOS GRAVOSO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

.....
4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades de cada caso.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos e 8 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do sursis.

6. In casu, a negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não analisou os elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, negando a modificação de regime, apenas em atenção ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07).

8. Ordem parcialmente concedida, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

(HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012)

Afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, cabe examinar se o condenado preenche ou não os requisitos para a obtenção da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso concreto, o magistrado singular, em decisão mantida pela Corte bandeirante, fundamentou a negativa em conceder a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos seguintes:

Incabível, por fim, a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, uma vez não ser ela socialmente recomendável, diante das circunstâncias fáticas do caso, principalmente por envolver apreensão de considerável quantidade de "crack", droga esta sabidamente de imensa potencialidade lesiva. (e-STJ fls. 16).

Com efeito, o Tribunal de origem decidiu em consonância com o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, esclarecendo que o deferimento do benefício da substituição de pena não seria possível, **tendo em vista a nocividade da substância - crack- bem como por considerar o julgador que a quantidade do entorpecente apreendido não seria ínfima - 38 porções da substância, além de outras 32 porções de cocaína e 19 porções de maconha .**

Corroborando tal entendimento, vejam-se os seguintes precedentes:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. PATENTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas - 24,09 g de maconha e 4,75 g de crack -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

3. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza e quantidade das drogas, o quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

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

5. Devidamente fundamentada a negativa substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. In casu, a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 239.732/DF, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 22/04/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. GRAVIDADE DA CONDUTA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade pelo STF das expressões da Lei de Drogas que vedavam a permuta de penas e observada a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de parte destes dispositivos legais, entendeu-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.

2. Inviável acoimar de ilegal o acórdão no ponto em que cassou a permuta deferida pelo Juízo das Execuções quando, a despeito do preenchimento do requisito objetivo - pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão -, a agente não preenchia os subjetivos.

3. A gravidade da conduta delituosa perpetrada, dadas as circunstâncias em que cometida - introdução de expressiva quantidade de substância entorpecente (4 porções de maconha) - dentro de estabelecimento prisional, demonstram 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.

4. Ordem denegada.

(HC 232.554/DF, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 21/09/2012)

Assim, no que diz respeito à substituição da pena, não há qualquer constrangimento a ser sanado, tendo em vista que a negativa do benefício está justificada em elementos concretos.

Ante o exposto, não conheço da impetração. De ofício, concedo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem, tão somente para afastar a obrigatoriedade do regime fechado para início de cumprimento da pena, determinando que o Juiz das Execuções examine a possibilidade de fixação de regime menos gravoso com base nas circunstâncias do caso concreto.

Determino a juntada dos documentos obtidos mediante consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0204063-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 272803 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00290240620128260050 290240620128260050 66312

EM MESA

JULGADO: 20/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO MARCOS FERREIRA DAMASCENO

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.