



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.754 - PR (2011/0230295-2)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : CÉSAR CASTELLUCCI LIMA
ADVOGADO : CÉSAR CASTELLUCCI LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : VILMAR DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. DELITO COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/76. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA. IMPOSSIBILIDADE DE CISÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DA NOVEL LEI DE TÓXICOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. *QUANTUM* DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS E DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIALMENTE ABERTO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “**inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal**”.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. O reexame da dosimetria em sede de *mandamus* é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

V. Não pode ser admitida a combinação de leis, vez que a minorante delineada no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 é regra relativa ao *caput* do mesmo artigo, não cabendo ao magistrado cindir o dispositivo legal, aplicando uma parte do retrocitado artigo, em combinação com o artigo 12 da Lei 6.368/76, criando uma nova norma, sob pena de ver usurpada a competência do legislador.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. Considerando-se a impossibilidade de aplicação parcial do art. 33 da novel Lei de Tóxicos, deve ser auferida qual das normas é a mais favorável ao réu, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna.

VII. A análise do pleito de alteração da fração da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do *habeas corpus*, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal.

VIII. Em que pese o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade das expressões constantes no § 4º do artigo 33 e artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006, bem ainda a recente edição pelo Senado da Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução do texto legal, a reprimenda total aplicada ao paciente restou definitiva em 06 anos e 06 meses de reclusão, o que, por si só, impede a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

IX. A jurisprudência da Quinta Turma desta Corte firmou entendimento no sentido de somente ser possível conceder o regime prisional menos gravoso aos condenados por delitos ligados ao tráfico de drogas se ele também preencher os requisitos objetivos e subjetivos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

X. Inexistência, na espécie, de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *mandamus*, caracterizando-se o uso inadequado do instrumento constitucional.

XI. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de maio de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.754 - PR (2011/0230295-2)

RELATÓRIO

MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de VILMAR DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena total de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 360 (quinhentos) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 e ao art. 180, § 1º, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, tendo a Corte de origem negado provimento ao apelo defensivo (fls. 44/61). Eis o teor da ementa do referido julgado:

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RECEPÇÃO - CONDENAÇÃO - INSURGÊNCIA DA DEFESA - PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - ÉDITO CONDENATÓRIO BASEADO EM DEPOIMENTOS PRESTADOS POR POLICIAIS QUE EFETUARAM O FLAGRANTE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO - ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO - RECEPÇÃO SIMPLES - PENA - ADEQUAÇÃO EX OFFICIO - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO." (fl. 44)

Daí a presente impetração, na qual alega o impetrante constrangimento ilegal na aplicação da pena, pois o crime de tráfico foi cometido na vigência da Lei 6.368/76, devendo ser aplicada a pena mínima do art. 12, em razão do princípio da ultratividade da norma penal mais benéfica, mantendo a causa de diminuição de pena.

Sustenta ainda que o Juízo processante não logrou fundamentar, de forma concreta, a incidência do redutor de pena previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos na fração de 1/2, devendo ser reconhecida a aplicação da causa de diminuição em seu patamar máximo, qual seja, em 2/3.

Pugna seja deferida ao paciente a atenuação da pena em fração maior que a aplicada e a fixação de regime inicial mais brando.

Não houve pedido liminar.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 71/87, opinando pela denegação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.754 - PR (2011/0230295-2)

VOTO

MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de VILMAR DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena total de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 360 (quinhentos) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 e ao art. 180, § 1º, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, tendo a Corte de origem negado provimento ao apelo defensivo (fls. 44/61).

Daí a presente impetração, na qual alega o impetrante constrangimento ilegal na aplicação da pena, pois o crime de tráfico foi cometido na vigência da Lei 6.368/76, devendo ser aplicada a pena mínima do art. 12, em razão do princípio da ultratividade da norma penal mais benéfica, mantendo a causa de diminuição de pena.

Sustenta ainda que o Juízo processante não logrou fundamentar, de forma concreta, a incidência do redutor de pena previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos na fração de 1/2, devendo ser reconhecida a aplicação da causa de diminuição em seu patamar máximo, qual seja, em 2/3.

Pugna seja deferida ao paciente a atenuação da pena em fração maior que a aplicada, a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Passo à análise da irresignação.

Mediante consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, constata-se que o julgamento colegiado ocorreu no dia 5.5.2011, tendo o acórdão transitado em julgado e baixado para a vara de origem em 19.09.2011. Vê-se, portanto, não ter o impetrante buscado o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, ao utilizar a via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandamus, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ” (HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011)

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

Em verdade, o reexame da dosimetria em sede de *mandamus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade.

Na espécie dos autos, o Juízo de primeiro grau estabeleceu (fl. 115):

"Analisadas as circunstâncias judiciais do "caput" do artigo 59 do Código Penal, sendo todas favoráveis, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um fixado em 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente, considerando-se a situação sócio-econômica do condenado (artigo 43, da Lei 11.343/06).

(...)

Inexistem majorantes.

Incide a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, já que o réu é tecnicamente primário e não há provas de que integre organização criminosa, motivo pelo qual reduzo a pena em 1/2 (metade), suficiente para reprimir o crime praticado.

e) - Pena definitiva

Vencidas as etapas do artigo 68 do Código Penal, fica o réu definitivamente condenado à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e multa de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, cada um fixado em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente, considerando-se a situação sócio-econômica do condenado (artigo 43, da Lei 11.343/06).

f) - Regime

Fixo como regime inicial de cumprimento da pena aplicada ao réu, consoante dispõe o § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, o fechado.

A substituição por pena restritiva de direitos encontra vedação legal, conforme dispõe o artigo 44, da Lei 11.343/06." (fls. 18/43)

Quanto ao pedido de combinação de leis para a dosimetria da pena, esta Corte, nos autos dos Embargos de Divergência 1.094.499/MG, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, pacificou o entendimento no sentido da inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se criar uma nova lei que conteria o mais benéfico de cada uma delas.

No julgamento dos referidos Embargos de Divergência restou decidido que a minorante poderia ter aplicação retroativa, desde que se considerasse como parâmetro a pena prevista no *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, sob o entendimento de que a retroatividade deve ser total, mas jamais parcial, fruto da combinação de leis, pois a causa de diminuição somente possui razão de ser se analisada em conjunto com o parâmetro de apenamento trazido pelo novo diploma legal, que é indissociável.

Partindo dessa orientação, a Terceira Seção entendeu que deveria ser verificada, caso a caso, a situação mais vantajosa ao condenado, isto é, se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei com a incidência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de diminuição, sem se admitir, contudo, a combinação dos textos legais, sob pena de contrariar a lógica da nova legislação, criando uma norma híbrida.

No presente caso, verifica-se que o juiz sentenciante entendeu ser mais benéfica a Lei n.º 11.343/2006, por resultar na pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, menor que a pena mínima de 03 (três) anos da lei revogada. Dessa forma, utilizando-se do princípio da retroatividade benéfica, aplicou corretamente a nova lei *in totum*.

No tocante à alegação de incorreção na alteração da fração da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, sua análise, em princípio, demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do *habeas corpus*, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal.

Em relação ao pleito de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente, no julgamento HC n.º 97.256/RS, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão “*vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*”, constante do artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006.

Após aquele julgado, o Pretório Excelso passou a admitir a possibilidade da concessão da ordem, deferindo a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Neste sentido, trago à colação os seguintes precedentes daquela Corte:

*"Habeas Corpus. 2. Dosimetria da pena. Nulidade. 3. **Tráfico de entorpecentes. Quantidade de droga. Previsão no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.** 4. **Traficante eventual ou de menor potencial. Atenuante do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.** 5. **Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Crime praticado sob a égide da Lei n.º 11.343/2006. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS).** 6. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 7. Ordem parcialmente deferida" (HC 104423/AL, Relator Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe de 08/10/2010).*

*"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes.** Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relator, DJ de 12.12.10. Ordem concedida" (HC 102678/MG, Relator Ministro EROS GRAUS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/10, DJe de 23/04/2010).

Em seguida, sobreveio a edição, pelo Senado Federal, da 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 nº 11.343, que passou ter a seguinte redação:

"Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)"

Assim, mostra-se possível a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Contudo, a reprimenda total aplicada ao paciente foi de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pela prática dos delitos de tráfico e receptação, em concurso material. Assim, a quantidade de pena imposta ao paciente impede a substituição, pois o inciso I do art. 44 do Código Penal, somente autoriza a concessão do benefício quando a pena privativa de liberdade não for superior a 4 (quatro) anos.

Por fim, quanto ao regime prisional menos gravoso, a jurisprudência da Quinta Turma desta Corte firmou entendimento no sentido de somente ser possível conceder tal benesse nas hipóteses do réu também preencher os requisitos objetivos e subjetivos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a fim de se adequar a aplicação da pena e do regime prisional ao entendimento firmado no Pretório Excelso (e agora à Resolução n.º 05/2012 do Senado), no sentido da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos.

A corroborar este raciocínio, confira-se este julgado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Paciente foi condenado às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta dias-multa), como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, porque trazia consigo 59 g (cinquenta e nove gramas) de "maconha".

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

3. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento.

4. No caso, tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, com aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, preenche o ora Paciente os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, por conseguinte, faz jus ao regime inicial aberto.

5. Ordem concedida para, mantida a condenação, estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções."

(HC 189.144/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011)

Com estas considerações, não vislumbrando o alegado constrangimento ilegal, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0230295-2

HC 219.754 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200400213 6669852

EM MESA

JULGADO: 03/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CÉSAR CASTELLUCCI LIMA
ADVOGADO : CÉSAR CASTELLUCCI LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : VILMAR DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

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