



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.004 - SP (2013/0400206-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : CLEITON DE ARAÚJO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE, NATUREZA E POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO DA DROGA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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. 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 bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.
3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, 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".
4. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e do *sursis*, em razão da quantidade, da natureza e do potencial de disseminação da droga apreendida - mais de 123 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 27 de março de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.004 - SP (2013/0400206-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : CLEITON DE ARAÚJO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de CLEITON DE ARAÚJO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0954755-66.2012.8.26.0506).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, pela prática da conduta delituosa tipificada no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 2 anos de reclusão e pagamento de 200 dias-multa. O regime inicial fixado para o início do cumprimento da reprimenda foi o fechado, *in verbis*:

(...) Torno definitivo o *quantum* da pena em dois anos de reclusão e pagamento de duzentos dias-multa; IV. Possível, em tese, conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos por força da manifestação do Senado Federal, valendo-se de sua prerrogativa constante no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, em aprovar a Resolução de n.º 5/2012 (promulgada por seu Presidente em 15 de fevereiro de 2012), nos termos que se seguem: "Art. 1º - É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS. Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação." Referida Resolução originou-se em razão do pleno do Supremo Tribunal Federal ter decidido acerca da inconstitucionalidade da seguinte expressão presente no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006: "vedada a conversão em penas restritivas de direito", quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS. Proferida a decisão pelo Supremo Tribunal Federal, ao ser editada a resolução precitada, os efeitos da última aplicam-se a todos os casos, consoante magistério de Alexandre de Moraes: "Assim, ocorrendo essa declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52. X), conforme já visto, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, em todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que terá efeito *erga omnes*, porém, *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da citada resolução senatorial" (Direito Constitucional, 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 593). Destarte, uma vez suspenso o trecho normativo que veda a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direito, faz-se necessário recorrer ao artigo 44 do Código Penal, que disciplina as hipóteses em que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderá haver tal substituição. Desse modo, à luz do que dispõe o artigo 44, inciso III, do referido códex, é possível verificar que o acusado não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade, pois a pena restritiva de direitos não se mostra suficiente, tampouco recomendável para a prevenção e repressão do delito; especialmente porque a consequência (o transporte das drogas descritas na inicial implicariam na sua difusão à sociedade, o que prejudicaria, sobremaneira, a saúde pública de muitas pessoas que passariam a ser viciados ou continuariam no vício), impedem a substituição por pena restritiva de direito (artigo 44, inciso III, do Código Penal); V. Por se tratar de crime equiparado a hediondo, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, possibilitada a progressão após dois quintos (Lei nº 11.467/07). Em virtude da manutenção de motivos que dão ensejo à prisão cautelar, não poderá apelar em liberdade, anotando-se inexistir óbice a essa condicionante (verbete nº 9, súmula do Superior Tribunal de Justiça). Posto isso, julgo procedente o pedido e, em consequência, condeno CLEITON DE ARAÚJO, qualificado nos autos, à pena de dois anos de reclusão (regime inicial fechado) e ao pagamento de duzentos dias-multa, cada unidade equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso no artigo 33, *caput*, e seu parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 (fls. 227/228).

Irresignada, a defesa apelou, mas a 3ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso, em aresto assim fundamentado:

(...) inviáveis a concessão do *sursis* e da substituição da sanção carcerária por penas restritivas de direitos, eis que tais institutos são adstritos às hipóteses em que presentes os requisitos subjetivos os motivos e circunstâncias da prática delitiva mostrarem-se suficientes à prevenção e reprovação do crime, tornando socialmente recomendável sua aplicação.

Contudo, esta não é a hipótese do presente feito.

Trata-se de delito de tráfico ilícito de drogas, o qual denota conduta absolutamente perniciosa à sociedade, sobretudo por contribuir com a disseminação da substância ilícita entre a população, fato que, por alcançar patamares insuportáveis, coloca em risco, inclusive, a tranquilidade social e a ordem pública, mormente por ser causa mediata de vários outros delitos, notadamente aqueles de natureza patrimonial.

Aliás, como bem ressaltou o Eminentíssimo Desembargador Ricardo Tucunduva, “...o tráfico de drogas é delito incompatível com tais benefícios, podendo o legislador, então impor maior rigor na sanção aplicada aos seus infratores, em prol dos interesses da população ordeira e trabalhadora de nosso país...” (TJSP 6ª Câmara de Direito Criminal, Apelação nº 0000472-64.2011.8.26.0115, j. 02.02.2012).

Com efeito, o Magistrado, ao aferir os requisitos legais para a concessão de tais benesses, não deve adotar uma postura contrafática, devendo lançar mão do conhecimento técnico, da experiência e de sua sensibilidade humana, pois, como ressaltou o eminente jurista Carlos Maximiliano: “(...) Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida (...) (in “Hermenêutica e Aplicação do Direito”. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.60).

Desta forma, anoto que o réu praticou delito equiparado a hediondo, cuja perniciosidade, a manifesta reprovação social e a previsão, pelo legislador constituinte, de regime especial (Constituição da República, artigo 5º, inciso XLIII), tornam social e juridicamente não recomendáveis a substituição da sanção carcerária por penas restritivas de direitos (artigo 44, inciso III, do Código Penal) ou, ainda, a sua suspensão condicional (artigo 77 do Código Penal).

(...)

Pelas mesmas razões supra e considerando-se a quantidade e natureza das drogas apreendidas, o regime prisional fechado era o mais adequado no caso concreto para início do desconto da sanção carcerária.

(...)

Nada há, pois, a reparar.

3. Do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso (fls. 38/42).

Daí o presente *mandamus*, no qual se pretende, em síntese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime inicial aberto, em caso de descumprimento da reprimenda substitutiva ou, na pior das hipóteses, a aplicação da suspensão condicional da pena.

Liminarmente, requer que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do mérito deste *habeas corpus*.

A liminar foi indeferida às fls. 49/50.

Foram prestadas informações às fls. 58/78 e 207/254.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Procurador-Regional Carlos Alberto C. de Vilhena Coelho, "pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, no mérito, pela denegação da ordem" (fl. 165).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.004 - SP (2013/0400206-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE, NATUREZA E POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO DA DROGA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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. 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 bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, 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".

4. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e do *sursis*, em razão da quantidade, da natureza e do potencial de disseminação da droga apreendida - mais de 123 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Cumprе salientar, inicialmente, que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 - quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - prevista no art. 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 - foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu *habeas corpus* a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Diante disso, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC nº 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Na hipótese vertente, entretanto tenho que a imposição do regime inicial fechado foi devidamente fundamentada, tal como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e do *sursis*, razão pela qual não há falar em constrangimento ilegal.

Verifica-se, *in casu*, que as instâncias de origem fixaram o regime inicial fechado e negaram a substituição da pena e do *sursis*, em razão da gravidade concreta do delito em comento, destacando a quantidade, a natureza e o potencial de disseminação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substância entorpecente apreendida - mais de 123 g de cocaína (fl. 22).

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. 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 diapasão, as instâncias de origem entenderam ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto a quantidade, a natureza e o poder de disseminação da droga demonstram que regime inicial mais brando, ou eventual substituição da reprimenda corporal por penas alternativas, ou ainda, a suspensão condicional da pena, não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, e a negativa do benefício da substituição da pena e do *sursis*, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papérolas de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

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. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS.

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. Com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando-se a vedação legal à substituição de pena, devendo a análise dos requisitos para a obtenção da conversão da pena se dar nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. A negativa de abrandamento do regime inicial e o indeferimento do benefício da substituição da pena estão justificados em elementos concretos, tendo em vista a quantidade e qualidade dos entorpecentes expostos à comercialização - 20 eppendorfs de cocaína e 29 porções de crack -, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 255.661/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0400206-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 284.004 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 09547556620128260506 18462012 20130000552841 4542010 9547556620128260506

EM MESA

JULGADO: 27/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

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 : CLEITON DE ARAÚJO

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

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 da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.