



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.388 - SP (2012/0153339-5)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANO MENDES DA SILVA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE PENA NO PATAMAR MÁXIMO (2/3). **QUANTUM** DE 3/5 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ARTS. 33, § 4º, E 44 DA LEI 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL À SUBSTITUIÇÃO DECLARADA, INCIDENTALMENTE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO HC 9.256/RS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO HC 111840/ES. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO, COM FUNDAMENTO NO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. **In casu**, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de **habeas corpus**.

VI. Na espécie, a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 foi aplicada à razão de 3/5 (três quintos), tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas – 51 porções de maconha, 86 porções de cocaína e 69 porções de crack, – mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a fixação da minorante aquém de 2/3, sendo inviável a sua revisão, em sede de **habeas corpus**. Precedentes.

VII. Consoante a jurisprudência do STJ, "a aplicação da minorante em patamar intermediário (1/2) foi, no caso, justificada na quantidade, variedade e natureza da droga. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória. Precedentes." (STJ, HC 206.266/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 13/12/2012).

VIII. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em 01/09/2010, do HC 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4.º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei 11.343/2006, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Em 15/02/2012, com a edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal.

IX. A questão concernente ao regime inicial de cumprimento da pena reclusiva também foi objeto de julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 111.840/ES, em 27/06/2012, ocasião em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, sendo afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

X. Ao paciente foi fixada, pelo acórdão impugnado, pena-base no mínimo legal, já que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e, à míngua de atenuantes e agravantes, foi-lhe aplicada, no crime de tráfico, a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, na fração de 3/5 (três quintos), resultando a pena definitiva em 02 anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa.

XI. **Habeas corpus** não conhecido.

XII. Ordem concedida, de ofício, para que, afastadas as determinações legais dos arts. 33, § 4.º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedam a substituição das penas, e do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, quando impõe o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial fechado – disposições declaradas inconstitucionais, pelo STF – o Juízo das Execuções reavalie a matéria, relativa ao regime prisional inicial e à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade do paciente por restritivas de direitos.

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, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, mas conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2013(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.388 - SP (2012/0153339-5)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de JULIANO MENDES DA SILVA contra acórdão proferido pela 3.^a Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra o impetrante que o paciente foi condenado, em 1.^o Grau, como incurso no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006, às penas de 02 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 200 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal de 2.^o Grau negou-lhe provimento, mantendo a condenação.

A condenação transitou em julgado.

Alega o impetrante, em suma, que o paciente faz jus à redução máxima, pela aplicação da minorante do art. 33, § 4.^o, da Lei 11.343/2006, ao regime prisional mais brando e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, inclusive liminarmente, seja aplicada a redução máxima pela minorante do art. 33, § 4.^o, da Lei 11.343/2006, afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, que deverá ser modificado para o aberto ou semiaberto, bem como concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pede, por fim, as prerrogativas da intimação pessoal e do prazo em dobro (fl. 17e).

O pedido de liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fl. 61e, pelo Ministro ARI PARGENDLER, então Presidente do Tribunal.

Foram prestadas as informações, a fls. 72/164e.

O Ministério Público Federal manifestou-se, a fls. 167/169e, pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.388 - SP (2012/0153339-5)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **habeas corpus** foi impetrado em substituição a recurso especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2.º Grau, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", prevendo o art. 105, II, **a**, da CF/88 o cabimento de recurso ordinário, para o STJ, em caso de denegação de **habeas corpus** decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Dentre as hipóteses de cabimento de **habeas corpus**, portanto, não se insere o uso do remédio constitucional para substituir o recurso ordinário, tampouco o recurso especial ou a revisão criminal.

Esse entendimento foi manifestado, recentemente, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em 07/08/2012, do HC 109.956/PR (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, maioria, DJe de 11/09/2012), no qual se considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado no Informativo 674:

"É inadmissível impetração de habeas corpus quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do habeas corpus como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do **writ**".

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

"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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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". (STF, HC 109.956/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/09/2012).

No mesmo sentido, a 1ª Turma da Suprema Corte, em 21/08/2012, em caso semelhante, no **Habeas corpus** 104.045/RJ (Rel. Min. ROSA WEBER, unânime), considerou inadequada a via eleita, como substitutiva de recurso ordinário, contra denegação de **habeas corpus**, pelo STJ (DJe de 06/09/2012).

Por sua vez, o Ministro LUIZ FUX negou seguimento, por decisão monocrática, ao HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), com a seguinte fundamentação:

"Outrossim, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, **taxativamente**, no artigo 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I – processar e julgar, originariamente:

...

*d) o **habeas corpus**, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;*

...

*i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.*

In casu, os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgRg, Rel. o Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 1º/10/199, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

"E M E N T A: **PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA **DESTITUÍDA** DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) - **AUSÊNCIA** DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO **IMPROVIDO**.

A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - **NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL**.

- **As medidas cautelares** a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), **quando** promovidas contra membros do Congresso Nacional, **não se incluem** na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, **precisamente** porque **destituídas** de caráter penal.

Precedentes.

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- A **competência originária** do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração **essencialmente** constitucional - e ante o **regime de direito**

estrito a que se acha submetida - **não comporta** a possibilidade de ser estendida a situações que **extravasem** os limites fixados, em **numerus clausus**, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.

Precedentes.

O **regime de direito estrito**, a que se submete a **definição** dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da **taxatividade** do rol constante da Carta Política, **a afastar**, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais **originárias**, o processo e o julgamento de **causas** de natureza civil que **não** se acham inscritas no texto constitucional (**ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares**), **mesmo** que instauradas contra o Presidente da República ou contra **qualquer** das autoridades, que, **em matéria penal** (CF, art. 102, I, **b** e **c**), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema **ou** que, **em sede de mandado de segurança**, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, **d**).

Precedentes."

Destarte, afigura-se flagrantemente paradoxal, em tema de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de *jurisprudência defensiva*. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescentar que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a *correção de rumos*, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC n. 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Segunda Turma, *verbis*:

“O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’, e 105, inciso II, alínea ‘a’, tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

Ex positis, não vislumbrando no ato impugnado teratologia que justifique a concessão, ex officio, da ordem, nego seguimento ao writ, por manifesta e inarredável incompetência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 38 da Lei n. 8.038/90”.

Na mesma linha, também se manifestou o Ministro DIAS TOFFOLI, ao negar seguimento ao HC 114.924/RJ, consoante decisão publicada no DJe de 28/08/2012, **in verbis**:

“Há óbice jurídico-processual para o conhecimento do habeas corpus.

No caso, a impetração foi manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional, prescrito no art. 102, inciso II, alínea “a” da Carta da República, o que esbarra na decisão da Primeira Turma que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário.

Segundo aquele dispositivo constitucional, compete a este Supremo Tribunal julgar, em recurso ordinário, “o ‘habeas-corpus’, o mandado de segurança, o ‘habeas-data’ e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

Conforme expressamente consignado pelo eminente relator naquela assentada, “o ***habeas corpus substitutivo do recurso ordinário***, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’, e 105, inciso II, alínea ‘a’, tem-se a previsão do recurso ordinário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por Tribunal Superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de *Justiça contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça*" (HC nº 108.715/RJ).

Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea "a" da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos.

Ressalvo, ademais, meu entendimento pessoal, já consignado em sentido contrário naquele julgamento, pelo cabimento do **habeas corpus** substitutivo nesses casos. Contudo, adoto o entendimento do colegiado e o aplico à espécie.

Ante o exposto, **entendendo não demonstrada, satisfatoriamente, nenhuma ilegalidade flagrante apta a ensejar uma concessão de ofício, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao presente habeas corpus**".

O Superior Tribunal de Justiça tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO CONTRÁRIA INVIÁVEL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO NÃO APLICÁVEL Á HIPÓTESE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. No caso dos autos, a condenação transitou em julgado e a 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 ao réu, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Hipótese na qual o Colegiado Estadual concluiu que o paciente se dedicava a atividade criminosa, o que, por si só, obsta a aplicação da causa de diminuição de pena, consoante se extrai do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006, sendo certo que conclusão em sentido contrário, como requer o impetrante, demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus.

V. O exame da dosimetria da pena, em sede de mandamus, somente é possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade, causando prejuízo ao réu, o que não se verifica no caso.

VI. O pleito de substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos não é cabível, uma vez que, tendo a pena imposta ao paciente sido superior a 04 anos de reclusão, não resta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenchido o requisito objetivo necessário para a concessão da benesse pleiteada.

VII. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastada a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VIII. Evidenciado que a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não foi aplicada ao paciente, tendo em vista que o mesmo se dedicava a atividade criminosa, o que, somado ao montante de pena fixado, impediu, também, a substituição da reprimenda, não há que se falar em fixação de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei n.º 11.464/2007.

IX. Inexistência, na hipótese, de flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, restando, assim, caracterizado o uso inadequado do instrumento constitucional.

X. Ordem denegada." (STJ, HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. **WRIT** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA Nº 444 DESTA CORTE. REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. CONCESSÃO PARCIAL.

1. **É imperiosa 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, vale dizer, o especial.**

2. **Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.**

3. **In casu**, há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da sanção, eis que a pena-base foi acrescida, em razão dos maus antecedentes, sem que houvesse condenação definitiva contra a paciente. Incidência da Súmula nº 444 desta Corte.

4. O pedido de alteração do regime prisional encontra-se prejudicado, pois a paciente já cumpre pena no regime aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Writ parcialmente prejudicado e, no mais, concedido para reduzir a reprimenda imposta". (STJ, HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012).

Pelo exposto, o presente **Habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, não merece ser conhecido.

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em 1.º Grau, pela prática de tráfico de drogas, às penas de 02 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 200 dias-multa, nos seguintes termos:

"Passo a fixar as penas. O réu é primário e sem antecedentes criminais, ademais, a quantidade de drogas, não autoriza a elevação das penas, portanto, fixo-as no seu mínimo legal, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Não há circunstâncias agravantes e atenuantes a considerar. **A Lei nº 11.343/2006, no artigo 33, § 4º, inovou "ao estabelecer nova causa de diminuição de pena calcada na primariedade e bons antecedentes do acusado que não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa, esta é a hipótese dos autos. Como dito, o réu é primário e de bons antecedentes e não há evidência alguma de que integre alguma organização criminosa. Portanto, reduzo as penas fixadas em 3/5 estabelecendo-as em definitivo em dois anos de reclusão e [duzentos dias- multa, redução determinada pela quantidade razoável de drogas apreendidas.**

O regime de cumprimento de pena será, de início, o fechado. Tem aplicação a Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007 que alterou a Lei nº 8.072/90 e permitiu a progressão de regime prisional nos crimes hediondos e equiparados. Não vislumbro qualquer inconstitucionalidade na fixação de regime inicial mais gravoso para o início de cumprimento da pena, a Constituição Federal no artigo 5º XLIII autoriza o Legislador Ordinário a estabelecer restrições à concessão de benefícios de natureza penal aos agentes acusados da prática crimes que especifica, entre os quais o tráfico de drogas, por conseguinte, respeitado o entendimento contrário, **há óbice legal a fixação de regime**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto para o início de cumprimento de pena e para a concessão de benefícios." (fls. 144/145e).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem, ao negar provimento ao recurso, assim se pronunciou, **in verbis**:

"3.1. Não se cogita de aplicação da fração máxima do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

As peculiaridades do caso concreto sequer autorizavam a concessão de aludida benesse, porquanto sobejam nos autos veementes indícios de que o acusado se dedicava com habitualidade à prática de atividades criminosas; afinal, não bastasse o elevado volume de entorpecentes confiscados, Juliano se encontrava desempregado (fls. 16) e admitiu informalmente aos agentes da Força Pública que estava a traficar havia aproximadamente seis meses.

3.2. Finalmente, não merece prosperar o pedido de transmutação da privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Não obstante editada, pelo Senado Federal, a Resolução nº 05/2012, norma de natureza infraconstitucional que suspendeu a vigência da última parte do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, continua sendo inviável, venia concessa, a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, “não só pela própria hediondez do crime, que recomenda maior rigor no escarmento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, caput.”

Apelação nº 0025232- 75.2010.8.26.0224 (Comarca de Guarulhos, Colenda Nona Câmara de Direito Criminal, j. em 02 de junho de 2011, Rel. DES. SOUZA NERY). E, note-se bem, a Resolução senatorial não abrange o artigo 44 da Lei de Drogas, o que, como é cediço, não pode ser atribuído a “esquecimento” do legislador.

Como consignado categoricamente na Apelação nº 0004659-14.2009.8.26.0624 (Comarca de Tatuí, Colenda Quarta Câmara Criminal, j. em 23 de agosto de 2011, Rel. DES. LUIS SOARES DE MELLO), “nem se avenge inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas.

Esta C.Câmara Criminal não tem entendido, por unanimidade, até, inconstitucional o dispositivo ou qualquer outro da Lei de Drogas -, porque tem reconhecido a legitimidade integral da referida lei, em todos os seus quadrantes e aplicabilidades”.

Então, persiste válido o entendimento exarado por esta I. Câmara ao ensejo do julgamento das Apelações nºs 990.09.197905-8



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Comarca de Guarulhos, j. em 15 de março de 2011) e 990.10.357269-6 (Comarca da Capital, j. em 26 de julho de 2011), no sentido de que é **“inconcebível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o legislador confere tratamento diferenciado às infrações hediondas e equiparadas, não contempladas, por certo, medidas quase que despenalizantes, como a almejada - e proibida pelo artigo 44 da Lei de Tóxicos, consoante deliberado por esta Colenda Câmara nas Apelações Criminais nºs 990.10.312284-4 e 990.09.296809-2 (ambas de Relatoria do preclaro Des. TOLOZA NETO, Comarcas de São Paulo e São José do Rio Preto, julgadas à unanimidade em 09/11/2010 e 10/08/2010, respectivamente)”**.

Faz sentido, porquanto a benesse em apreço foi inserida no ordenamento jurídico pátrio com o intuito de oferecer a melhor das alternativas de ressocialização para aqueles indivíduos de periculosidade inexpressiva, que praticaram delitos de diminuto grau de lesividade social, o que não se coaduna com a natureza do delito em questão, equiparado a hediondo.

Não há como lóbrigar a lógica que deve estar presente a todo sistema em solução discrepante do que ora se sustenta, até mesmo porque **“o regime inicial fechado decorre do teor da Lei nº 11.464/2007, o que inviabiliza a concessão de quaisquer benefícios, inclusive a substituição da pena por restritiva de direitos (...)”** Apelação nº 0005576-92.2008.8.26.0066, Comarca de Barretos, j. em 05 de maio de 2011, Rel. DES. JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN).

Eis aí: **se “o regime fechado é obrigatório:- artigo 2º, parágrafo 1º, Lei nº 8.072/90”, vê-se ser intolerável a substituição de que se trata**, como assinalou esta douta Câmara ao julgar, em 26 de julho de 2011, as Apelações nºs 990.10.423857-9 (Comarca de Praia Grande) e 990.09.361989-0 (Comarca da Capital), ambas de Relatoria do subscritor.

De qualquer sorte o traficante, seja de grande, médio ou pequeno porte, não tem perfil para inicialmente cumprir a pena de outra forma que não encarcerado. Não é razoável:- imagine-se-o condenado a arcar com prestação pecuniária: de onde viria o numerário a ser utilizado para cumprir a pena? E no caso de prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública? Onde teria de comparecer o disseminador do vício? A creches? A uma escola? A um hospital? A um orfanato?

Ora, não se diga que o dito “pequeno traficante” seja merecedor de uma resposta penal pusilânime comparativamente ao “grande



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

traficante". Com a devida vênia, esse raciocínio é equivocado; afinal, basta que a venda de entorpecentes seja efetuada uma única vez para que se desencadeie uma série de desordens transcendentais à pessoa do consumidor, vindo a repercutir em toda coletividade.

Uma das exigências do artigo 44, inciso III, do Código Penal, para viabilizar sua incidência, é a de que as circunstâncias do delito indiquem que a substituição seja suficiente para a sua repressão. Esse requisito, como se viu, não se harmoniza com as consequências perniciosas intrinsecamente relacionadas ao mercadejo de entorpecente, independentemente da "representatividade" do traficante. A substituição atenta contra a efetividade do processo penal na aplicação do justo concreto, atingindo frontalmente o caráter retributivo da reprimenda; mostra-se insuficiente como resposta à culpabilidade do agente, que perpetra o delito por cobiça, que patrocina interesses de organizações criminosas.

É de sabença trivial que os malefícios decorrentes da traficância não se resumem à célere deterioração da saúde física e mental do usuário, mas alcançam todo o corpo social: ruptura do pacto familiar, fomento a crimes de gravidade ímpar (homicídios, latrocínios, extorsões, etc.), tudo em prol da subsistência do vício. Isso sem mencionar o abalo gerado pelas investidas de bandos criminosos que controlam a mercancia ilícita (a cujo serviço todo traficante atua direta ou indiretamente).

Arrematando, para que os interessados compreendam que esta C. Câmara tem razões para assim deliberar: o tráfico, se não combatido com destemor, incute sentimento de segurança e descrédito. De que vale o trabalho honesto e, não raro, remunerado de maneira indigna, se o traficante condenado recebe punição branda? Isso repugna, sem dúvida, o senso médio do cidadão.

4. Diante do exposto, meu voto nega provimento ao apelo interposto por Juliano Mendes da Silva, mantendo, pelos méritos que oferece, a r. decisão guerreada." (fls. 156/161e).

De início, cumpre ressaltar que o **habeas corpus**, em regra, constitui meio impróprio para o reexame da dosimetria da pena, fixada pelas instâncias ordinárias, uma vez que não comporta ele a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos.

Todavia, em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido reapreciar a reprimenda que se mostre, inequivocamente, ofensiva aos critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se trata, no entanto, de reavaliar a justiça da decisão, mas de, tão somente, reconhecer a ilegalidade, decorrente da ausência de fundamentação ou de flagrante erro de técnica.

Na espécie, como visto, a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 foi aplicada à razão de 3/5 (três quintos), pelo Juízo sentenciante, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas (fl. 144e): 51 porções de maconha, 86 porções de cocaína e 69 porções de crack.

Em 2.º Grau, o Tribunal manteve a redução no mesmo patamar, muito embora tenha entendido que as "peculiaridades do caso concreto sequer autorizavam a concessão de aludida benesse, porquanto sobejam nos autos veementes indícios de que o acusado se dedicava com habitualidade à prática de atividades criminosas" (fl. 156e), por considerar elevado o "volume de entorpecentes confiscados" (fl. 156e), o fato de que o paciente "se encontrava desempregado" (fl. 156e) e por ter ele admitido que "estava a traficar havia aproximadamente seis meses" (fl. 156e).

Nesse contexto, tem-se por plenamente justificada a aplicação de fração inferior à máxima legal, pela minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, estabelecida conforme as diretrizes estabelecidas pelo art. 42 da Lei 11.343/2006, mostrando-se inviável a sua revisão, em sede de **habeas corpus**.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. **MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA NO PATAMAR DE 1/2. MOTIVAÇÃO IDÔNEA.** FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O Paciente foi condenado, em sede de apelação, julgada no dia 01 de fevereiro de 2011, à pena de de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque encontrado em seu poder, para difusão ilícita, 09 pedras de crack, 16 trouxinhas de maconha, 1 comprimido de ecstasy e 05 papelotes de cocaína.

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 causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. A aplicação da minorante em patamar intermediário (1/2) foi, no caso, justificada na quantidade, variedade e natureza da droga.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

Precedentes.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, pela resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar 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.

6. Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e do regime aberto de cumprimento de pena" (STJ, HC 206.266/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 13/12/2012).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. **CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.**

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível.

2. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

3. "O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).

4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser sanada.

Reconhecida a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável a aplicação do redutor em seu patamar máximo se existe fundamento válido para justificar o quantum fixado na origem. Hipótese em que as instâncias ordinárias fizeram menção à quantidade e à natureza das substâncias entorpecentes apreendidas - 100 papелotes de cocaína e 22 pedras de crack -, mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/4 (um quarto).

5. Não configura bis in idem a utilização da quantidade e da natureza das drogas para aumentar a pena-base e para aplicar o art.

33, § 4º, da Lei Antidrogas em patamar inferior ao máximo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.

6. Esta Corte, seguindo orientação 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.

7. 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 4 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

8. Irrepreensível, outrossim, a fixação do regime inicial fechado, porquanto a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e a natureza, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas foram invocadas como fundamento para o regime mais rigoroso.

9. Habeas corpus não conhecido" (STJ, HC 244.726/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 26/10/2012).

No mais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em 01/09/2010, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4.º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei 11.343/2006, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individualizados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente” (STF, HC 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, DJe de 16/12/2010).

A partir de então, o STJ passou a adotar o mesmo posicionamento:

"PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO. PENA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Diante do quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal.

2. "A vedação da substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 conflita com o princípio da individualização - Habeas Corpus nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apreciado no Plenário, com julgamento finalizado em 1º de setembro de 2010" (HC-101.205, STF, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe de 8/10/2010.)

3. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no HC 121.111/SP, Rel. Min. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 17/12/2010)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO NA NOVA LEI DE DROGAS. INTEGRALIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS. HC N.º 97.257/RS. AUSÊNCIA DE CÔMPUTO DA MAJORANTE. OMISSÃO VERIFICADA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a nova Lei de Tóxicos pode ser aplicada aos delitos de tráfico ilícito de drogas cometidos sob a égide do antigo diploma legal, desde que na sua integralidade.

2. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Reconhecidas tais circunstâncias, é imperiosa a aplicação da aludida minorante.

3. Na hipótese, preenchidos os requisitos legais, deve ser aplicada a causa de diminuição no seu patamar máximo (2/3), conforme já afirmado no acórdão ora embargado, levando-se em consideração que foram apreendidos 13,22 g (treze gramas e vinte e dois decigramas) de "maconha".

4. O Paciente foi condenado, como incurso no art. 12, caput, c.c. o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, tendo sido mantida a majorante no art. 40, inciso III, da nova Lei de Drogas. Desse modo, faz-se necessário o cômputo dessa causa de aumento na pena reformada pelo acórdão embargado.

5. 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 § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06.

6. Assim, no caso em apreço, levando-se em conta a nova orientação perfilhada no Pretório Excelso, **deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos fixados pela Corte de origem.**

7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificativos, nos termos explicitados" (STJ, EDcl no HC 122.269/MG, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 22/11/2010).

Desde 15/02/2012, com a edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal, **in verbis**:

"RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

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. Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012."

A questão concernente ao regime inicial de cumprimento da pena reclusiva também foi objeto de julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 111.840/ES, em 27/06/2012, ocasião em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/2007, sendo afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, nos termos do Informativo 672 do STF, **in verbis**:

"É inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (*"Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: ... § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*). Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deferiu *habeas corpus* com a finalidade de alterar para semiaberto o regime inicial de pena do paciente, o qual fora condenado por tráfico de drogas com reprimenda inferior a 8 anos de reclusão e regime inicialmente fechado, por força da Lei 11.464/2007, que instituíra a obrigatoriedade de imposição desse regime a crimes hediondos e assemelhados – v. Informativo 670. Destacou-se que a fixação do regime inicial fechado se dera exclusivamente com fundamento na lei em vigor. Observou-se que não se teriam constatado requisitos subjetivos desfavoráveis ao paciente, considerado tecnicamente primário. Ressaltou-se que, assim como no caso da vedação legal à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito de tráfico – já declarada inconstitucional pelo STF –, a definição de regime deveria sempre ser analisada independentemente da natureza da infração. Ademais, seria imperioso aferir os critérios, de forma concreta, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo. Consignou-se que a Constituição contemplaria as restrições a serem impostas aos incursos em dispositivos da Lei 8.072/90, e dentre elas não se encontraria a obrigatoriedade de imposição de regime extremo para início de cumprimento de pena. Salientou-se que o art. 5º, XLIII, da CF, afastaria somente a fiança, a graça e a anistia, para, no inciso XLVI, assegurar, de forma abrangente, a individualização da pena. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que denegavam a ordem. **HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 27.6.2012. (HC-111840)."**

Esse entendimento passou a ser adotado pelas Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ, como se vê:

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

1. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto 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, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

2. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

3. Concluído pelo Tribunal a quo que o paciente se dedicava a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas, não incide ao referido redutor, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

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

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. PENA ABAIXO DE 04 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, após ser preso em flagrante no dia 12 de julho de 2010, por portar 01 invólucro contendo cocaína, bem como manter em depósito mais 47 invólucros da mesma droga e 50 porções de crack.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Não existe razão para negar ao Paciente, primário e de bons antecedentes, o regime inicial semiaberto, devendo as circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela quantidade de pena aplicada.

5. Sendo valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais do caso concreto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não se mostra recomendável, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (STJ, HC 240.865/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012).

Nesse contexto, afastada a obrigatoriedade legal de regime inicial fechado, para o crime de tráfico de entorpecentes, em face da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, deve o julgador, quando da aplicação das penas, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c/c o art. 59 do Código Penal, ao fixar o regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, constata-se, da sentença condenatória e do acórdão que a confirmou, que o regime inicial fechado foi estabelecido com base na previsão legal do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional pelo STF.

O benefício da substituição da pena foi afastado, em virtude da vedação legal, constante do § 4.º do art. 33 e do art. 44 da Lei 11.343/2006, e de considerações acerca da hediondez do delito (fls. 156/160e).

Tais circunstâncias, porém, ficam afastadas, por não se coadunarem com os preceitos insertos no art. 44 do Código Penal, sobretudo porque fixada a pena-base no mínimo legal.

No que diz respeito ao regime prisional, não houve fundamentação válida, para a imposição do regime inicial fechado, à luz dos critérios estabelecidos nos arts. 33, §§ 2.º e 3.º, c/c o art. 59 do Código Penal, limitando-se o Tribunal de 2.º Grau a fundamentar-se na previsão legal do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional pelo STF.

Ao paciente foi fixada, pela sentença e pelo acórdão que a confirmou, pena-base no mínimo legal, já que todas as circunstâncias judiciais foram-lhe consideradas favoráveis, e, à míngua de atenuantes e agravantes, foi-lhe aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, na fração máxima de 3/5 (três quintos), resultando a pena definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa.

A teor do disposto na Súmula 440 do STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Em igual sentido dispõem as Súmulas 718 e 719, ambas do STF:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Em situações análogas, a 6.ª Turma do STJ tem concedido a ordem, de ofício, para que, afastadas as determinações legais dos arts. 33, § 4.º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedam a liberdade provisória, e do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, quando impõe o regime inicial fechado – disposições declaradas inconstitucionais, pelo STF – o Juízo das Execuções reavalie a matéria, relativa ao regime prisional inicial e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade do paciente por restritivas de direitos.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. ALTERAÇÃO DO DECIDIDO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA EM RAZÃO DA VEDAÇÃO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível.
2. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.
3. "O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).
4. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida - 793 g de cocaína e 180,7 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), 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.
5. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser sanada quanto imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena corporal por restritiva de direitos. 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.
6. In casu, a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos baseou-se, exclusivamente, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondez do delito e na vedação legal, 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 arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos" (STJ, HC 237.261/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. **REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. SURSIS. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. VEDAÇÃO LEGAL. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critério a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e especialmente o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/2 de redução de pena, de acordo com o previsto nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arts.

42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, em especial a natureza da substância entorpecente apreendida em poder da paciente - cocaína -, cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.

3. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

4. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

5. Inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto, não obstante a paciente tenha sido definitivamente condenada à reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se que lhe foi negada a substituição com base na ausência de preenchimento do requisito subjetivo, a teor do disposto no art. 44, III, do Código Penal.

6. Mostra-se inviável a concessão de sursis à paciente, tendo em vista que, além de ter sido definitivamente condenada à pena superior a 2 anos de reclusão, a parte final do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 veda o deferimento de tal benefício.

7. A via estreita do habeas corpus é inadequada para a discussão relativa ao direito, ou não, à isenção do pagamento das custas processuais, dada a inexistência de afronta ao direito de locomoção da paciente. Inteligência da Súmula 395/STF.

8. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem concedida em parte, apenas para afastar a obrigatoriedade de imposição do regime inicialmente mais gravoso, determinando-se ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar a eventual possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado à paciente, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal" (STJ, HC 143.610/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe de 24/09/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme já assinalado, consoante as informações obtidas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo, a condenação já transitou em julgado.

Ante o exposto, não conheço do presente **Habeas corpus**. Concedo, porém, a ordem, de ofício, para que, afastadas as determinações legais dos arts. 33, § 4.º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedam a substituição das penas, e do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, quando impõe o regime inicial fechado – disposições declaradas inconstitucionais, pelo STF – o Juízo das Execuções reavalie a matéria, relativa ao regime prisional inicial e à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade do paciente por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0153339-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 249.388 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 194768820118260050 4392011 50110194764

EM MESA

JULGADO: 07/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANO MENDES DA SILVA

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 Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.