



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.490 - RJ (2012/0241082-7)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LEONARDO RODRIGUES DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA REDUZIDA NO MÍNIMO LEGAL (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006) COM BASE NA QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC 111.840). SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– O Tribunal *a quo* aplicou a causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza, diversidade e quantidade de droga apreendida — 4 invólucros de *maconha*, pesando 13,3g (treze virgula três gramas), 26 de cocaína, pesando 21g (vinte e um gramas) e 35 de crack, pesando 9g.

– O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes: AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 25.3.2013; HC 221.761/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 14/06/2013).

– Estando devidamente fundamentado o *quantum* de redução da pena, é inviável, em sede de *habeas corpus*, a sua alteração, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e provas. Precedente: HC 173.511/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 22.2.2012.

– Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27/6/2012), cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para o paciente. Precedentes: AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe 23.9.2013; HC 226.064/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 24.4.2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– Mantida a pena privativa de liberdade acima de 4 (quatro) anos, não há falar em substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 03 de junho de 2014(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.490 - RJ (2012/0241082-7)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : LEONARDO RODRIGUES DOS SANTOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício de LEONARDO RODRIGUES DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo da defesa, aplicando a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, reduzindo em 1/6 a reprimenda, fixando-a em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses. Eis a ementa do v. aresto impugnado:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. ACUSADO QUE FOI FLAGRADO TENDO EM DEPÓSITO, POSSUINDO E GUARDANDO, 13.3G (TREZE GRAMAS E TREZENTOS DECIGRAMAS) DE MACONHA EM 4 EMBALAGENS PLÁSTICAS, 21.0G (VINTE E UM GRAMAS) DE COCAÍNA, ARMAZENADOS EM 26 PEQUENOS SACOS PLÁSTICOS E 9,0G (NOVE GRAMAS) DE CRACK, ACONDICIONADOS EM 35 INVÓLUCROS PLÁSTICOS. SENTENÇA QUE CONDENOU A UMA PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO NO REGIME FECHADO E O PAGAMENTO DE 500 DIAS-MULTA. APELAÇÃO QUE FOI PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA, NO SENTIDO DE RECONHECER A ATENUANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/06, NO SEU PATAMAR MÍNIMO REDUZINDO-SE A PENA PARA 4 (QUATRO) ANOS E 2 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E O PAGAMENTO DE 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS-MULTA, VENCIDO O DES. FERNANDO ANTONIO ALMEIDA, QUE ENTENDIA PELA INCIDÊNCIA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM SEU PATAMAR MÁXIMO, BEM COMO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EMBARGOS INFRINGENTES E DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NULIDADE QUE PEDEM PELO PREVALECIMENTO DO VOTO VENCIDO. Rejeição dos embargos. Embargante que apesar de ser primário e possuir bons antecedentes, não faz jus ao redutor em seu grau máximo, em virtude da elevada quantidade e diversidade de droga (maconha, cocaína e crack), e que pela forma como a mesma estava disposta, dividida em pequenas porções acondicionadas em "sacolés", demonstra que o material entorpecente estava pronto para ser comercializado no varejo. Drogas de elevado poder destrutivo, especialmente o crack e a cocaína, devendo o embargante receber uma resposta penal mais severa assim como se manter afastado do comércio ilícito de entorpecentes. Pena restritiva de direitos que deixo de substituir, por não preencher o embargante o requisito objetivo previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal, uma vez que a pena final encontrada, e aqui mantida, foi a d e 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão. EMBARGOS CONHECIDOS OS QUAIS SE REJEITAM (fls. 14/16).

O impetrante requer a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 no patamar máximo (2/3), bem como a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos.

As informações foram prestadas (fls. 37/69).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem (fls. 74/77).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.490 - RJ (2012/0241082-7)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, 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, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de 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.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. *Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Dessa forma, não se conhece do presente *habeas corpus* porque substitutivo de recurso especial e passa-se à análise de eventual constrangimento ilegal capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

Dispõe o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 que, *nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de **um sexto a dois terços**, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

Por sua vez, prevê o art. 42 da Lei 11.343/2006 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.*

Na hipótese, o paciente foi preso em flagrante com 4 (quatro) invólucros de *maconha*, pesando 13,3g (treze vírgula três gramas), 26 (vinte e seis) embalagens de *cocaína*, pesando 21g (vinte e um gramas) e 35 (trinta e cinco) embalagens de *crack*, pesando 9g (fl. 17).

O Tribunal *a quo* aplicou a causa de diminuição de pena no patamar de 1/6 (um sexto), levando-se em conta a natureza, diversidade e quantidade dos entorpecentes apreendidos, *in verbis*:

É sabido que a quantidade e a diversidade de entorpecente, por si só, não justificam o afastamento do privilégio previsto na Lei de Drogas. Entretanto, se a referida Lei permitiu ao julgador, diante das circunstâncias do caso concreto, estabelecer um patamar de redução dentro dos limites por ela preconizados (um sexto a dois terços), é perfeitamente plausível que, levando em conta que o embargante tinha em depósito 65 (sessenta e cinco) invólucros de diversas drogas, entre elas, o tão combatido CRACK, o magistrado aplique a atenuante em questão, mas que o faça no seu patamar mínimo (fl. 17).

O acórdão está de acordo com o entendimento desta Corte de que o juiz, na aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve levar em consideração a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

42 da Lei 11.343/2006. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (69 PEDRAS DE CRACK). 2. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CPC E ART. 34, XVIII, DO RISTJ. 3. BIS IN IDEM NA UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA COMO FUNDAMENTO PARA APLICAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E PARA INVIABILIZAR A DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA. 4. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 6. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

2. A diretriz imposta pelo art. 42 da Lei n.11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, também deve ser observada na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

(...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 247.019/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 25.3.2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ATENUANTES. QUANTUM DA REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO.

(...)

6. O Superior Tribunal de Justiça 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 critérios 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.

7. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada a fração de 1/6 de redução de pena, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal, tendo em vista a natureza e a elevada quantidade de substância entorpecente apreendida em poder da paciente.

(...)

10. *Habeas corpus não conhecido* (HC 221.761/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 14.6.2013).

Estando devidamente fundamentado o *quantum* de redução da pena, é inviável, em sede de *habeas corpus*, a sua alteração, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e provas. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. ALTERAÇÃO DO DECIDIDO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCABIMENTO. REGIME SEMIABERTO OU ABERTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela grande quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei nº 11.343/2006), 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.

2. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação de regime inicial diferente do fechado, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável.

3. Condenado o ora paciente a 4 anos e 10 meses de reclusão, por tráfico de 684,1 kg de cocaína (em pó e na forma de crack) e 11,6g de maconha, o regime mais adequado é o fechado.

***4. Ordem denegada* (HC 173.511/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22.2.2012).**

Em relação ao regime de cumprimento da pena, a sentença de primeiro grau fixou o regime inicial fechado, com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007 (fl. 46). Nesse ponto, o Tribunal *a quo* manteve a sentença pelos seus próprios fundamentos (fl. 59).

Acontece que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/6/2012, no julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, que determinava a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados.

Nessas hipóteses, esta eg. Corte possui o entendimento de que cabe ao Juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para o paciente. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. FIXAÇÃO TÃO SOMENTE COM FUNDAMENTO NO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007, DECLARADO INCONSTITUCIONAL, PELO STF. DECISÃO QUE CONCEDEU A ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO, PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. NÃO ANÁLISE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DOS ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS, À LUZ DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO.

I. Na espécie, a decisão agravada concedeu a ordem, de ofício, para fixar, desde logo, o regime inicial semiaberto, inobstante a não valoração, pelas instâncias ordinárias, acerca dos elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual seria o regime inicial adequado para o paciente.

II. De acordo com a jurisprudência da 6ª Turma do STJ, "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". (STJ, HC 237.261/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 23/11/2012).

III. Agravo Regimental conhecido e provido, para reformar a decisão agravada e, em decorrência do trânsito em julgado da condenação, determinar que o Juízo das Execuções Penais reavalie, em face dos elementos concretos dos autos, a aplicação do regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, afastada a disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, declarada inconstitucional pelo STF (AgRg no HC 257.178/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 23.9.2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. PLEITO PREJUDICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NATUREZA E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE DA DROGA. ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO EM RAZÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

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

2. Com da ocorrência do trânsito em julgado da condenação, o pleito referente à possibilidade de aguardá-lo em liberdade restou superado, de modo que o writ encontra-se prejudicado, neste particular.

3. 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 e a expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 1.017 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

4. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela natureza e quantidade da droga - 1.017 g de cocaína -, 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. 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 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

6. 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 as reprimendas finais alcançado 4 anos e 9 meses e 15 dias de reclusão e 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

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

8. 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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de cumprimento da pena (HC 226.064/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 24.4.2013).

Por último, mantida a pena privativa de liberdade acima de 4 (quatro) anos, não há falar em substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0241082-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 259.490 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 995398552011 9953985520118190002

EM MESA

JULGADO: 03/06/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : VÂNIA RENAULT B GOMES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : LEONARDO RODRIGUES DOS SANTOS

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 do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.