



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.295 - PR (2011/0217381-0)

**RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : GESSIVALDO OLIVEIRA MAIA E OUTRO
ADVOGADO : GESSIVALDO OLIVEIRA MAIA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : ANDRÉ DE SOUZA MOREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. POSSIBILIDADE. EXAME QUE SE RESERVA À INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário.

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

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

4. Esta Superior Corte de Justiça já firmou entendimento no sentido de que, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto, é cabível a concessão de regime menos gravoso ao condenado pela traficância. Precedentes.

5. Com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando-se a vedação legal à substituição de pena.

6. O exame do caso reserva-se à instância ordinária, cabendo ao Juiz de piso ou ao da Execução Penal, conforme o caso, avaliar a possibilidade de fixação de regime menos gravoso e substituição da pena, com base nas circunstâncias do caso concreto.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a obrigatoriedade do regime fechado para início de cumprimento da pena e o óbice à substituição da reprimenda corporal, determinando que o Juiz de primeiro grau examine a possibilidade de fixação de regime menos gravoso e substituição da pena, com base nas circunstâncias do caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2012(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.295 - PR (2011/0217381-0)

**RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : GESSIVALDO OLIVEIRA MAIA E OUTRO
ADVOGADO : GESSIVALDO OLIVEIRA MAIA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : ANDRÉ DE SOUZA MOREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

**MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE) (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANDRÉ DE SOUZA MOREIRA - condenado à pena de 3 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 -, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que denegou a ordem pleiteada na origem, em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - REGIME INICIAL FECHADO - ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 - SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - NEGATIVA FUNDAMENTADA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE - ORDEM DENEGADA.

Nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90 (redação dada pela Lei 11.464,2007), há obrigatoriedade da imposição do regime fechado na condenação por crime de tráfico de substância entorpecente.

A gravidade concreto do delito, caracterizada pela considerável quantidade de droga apreendida em poder do paciente (147 pedras de crack), evidencia que a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente para a prevenção e repressão do crime pelo qual foi condenado. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em suas razões, alega o impetrante que "o paciente se encontra preso no regime totalmente fechado, mesmo tendo direito a regime diferenciado ao fechado, devido à pena imposta, definitiva, ser inferior a 4 (quatro) anos, onde lhe caberia o regime inicialmente aberto e seria convertida em restritiva de direito, fato que não ocorreu no presente caso." (fl. 3).

Sustenta que a fundamentação utilizada para a denegação dos benefícios almejados não encontra embasamento legal e aponta, ainda, a inconstitucionalidade do §4º do art. 33 da Lei 11.464/06.

Requer, pois, seja concedida a progressão para o regime aberto, bem como determinada a conversão da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido pelo então relator do feito, Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS).

As informações prestadas foram anexadas às fls. 126/132 e, após consulta ao Tribunal de origem realizada em 04.10.2012, não se verificou qualquer alteração na situação fática narrada nos autos.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem em parecer do Subprocurador-Geral da República Alcides Martins, assim ementado:

PENAL. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. EXPRESSA PROIBIÇÃO LEGAL (ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06). PRECEDENTES DESSE COLENDO STJ. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07, QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 2º, §1º, DA LEI 8072/90. PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.295 - PR (2011/0217381-0)

**RELATORA : MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : GESSIVALDO OLIVEIRA MAIA E OUTRO
ADVOGADO : GESSIVALDO OLIVEIRA MAIA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : ANDRÉ DE SOUZA MOREIRA (PRESO)

VOTO

**MINISTRA ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE) (Relator):** Feito o breve
intróito, tenho por imperioso reconhecer a inadequação da via eleita, pelo que
não se faz merecedora de conhecimento a impetração.

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

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo
que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível,
no caso, o recurso ordinário. Nessa esteira, oportuna a colação, à guisa de
exemplo, do recentíssimo precedente:

*"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE.
VIA INADEQUADA. FALSA IDENTIDADE PARA EXIMIR-SE
DE RESPONSABILIDADE. DIREITO À AUTODEFESA.
NAPLICABILIDADE. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART.
307 DO CÓDIGO PENAL. CAUSAS DE AUMENTO.
EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO
NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA
443 DO STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM
PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

*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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (...)

5. Ordem parcialmente concedida para diminuir a pena do paciente, em relação ao delito de roubo, para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, mantendo-se, no mais, os termos da sentença e do acórdão.

(HC 156.087/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012).

Sob esta mesma ótica, merece destaque, ainda, a recente orientação do Pretório Excelso sobre a questão. Com efeito, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 107.436/MG, de relatoria do e. Ministro Marco Aurélio, consolidando entendimento que já vinha sendo construído no âmbito daquele Colegiado (HC 108.715, Rel. Min. Marco Aurélio e HC 110.423, HC 107.882 e HC 108.399, estes da relatoria do Ministro Luiz Fux), concluiu pela inadequação do *habeas corpus* quando sugerido pela hipótese, inclusive, o manejo do recurso ordinário constitucional.

Assim, à luz da novel orientação jurisprudencial, proveniente, agora, tanto desta Corte Superior, quanto do Supremo Tribunal Federal, que reconhece ser inadequada a utilização do remédio heróico em substituição ao recurso constitucional cabível, não merece conhecimento a presente impetração.

Ressalte-se, porém, que a inadequação da via eleita não desobriga esta Corte Superior de fazer cessar, *ex officio*, manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

Consoante orientação jurisprudencial consagrada no âmbito das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça, é possível a concessão de regime diverso do fechado nos crimes de tráfico, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

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

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

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

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

4. Com a edição da Lei n.º 11.464/07, que modificou a redação da Lei n.º 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

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

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

7. Ordem parcialmente concedida para que o Juízo de Primeiro Grau ou das Execuções Penais - a depender a existência ou não do trânsito em julgado - reavalie a aplicação do regime prisional, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, afastada a vedação do art. 44 da Lei n.º 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com o paciente - mais de um quilo de cocaína.

REGIME PRISIONAL. NARCOTRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTES STJ. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO MAIS SEVERO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do STF, do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/07, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

severo para o inicial cumprimento da pena.

2. Ordem denegada.

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

Do mesmo modo, com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando a vedação legal à substituição de pena aos condenados pelo cometimento do delito de tráfico de drogas.

A esse respeito, confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. DIMINUIÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM DA DROGA APREENHIDA. ENTENDIMENTO DO ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ÓBICE AFASTADO. RESOLUÇÃO N.º 05/2012 DO SENADO FEDERAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS A SEREM ANALISADOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

EMENTA 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.

.....
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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

Com efeito, "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 de cada caso." (HC 189.931/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/6/2012).

Na hipótese em voga, a instância ordinária não chegou a valorar os elementos contidos nos autos com base nos critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, visto que fundamentou a fixação do regime fechado exclusivamente na *hediondez* do crime de tráfico de entorpecentes, assim como a impossibilidade da conversão da pena em face da quantidade da droga apreendida (147 pedras de *crack*).

Extrai-se da sentença condenatória, no que interessa ao presente julgamento, a seguinte fundamentação (fl. 49):

(...)

Regime inicial de cumprimento de pena:

Conforme os artigos 33, §1º, "a" e 34, ambos do Código Penal e artigo 2º, § 1º, da Lei 8072/90, estabelece-se o regime FECHADO, para o início do cumprimento da pena na Penitenciária Central do Estado, por se tratar de crime hediondo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Substituição da pena

A substituição da pena não pode ser deferida haja vista que o condenado não preenche os requisitos objetivos e subjetivos do artigo 44 do Código Penal.

(...)

O acórdão, por sua vez, manteve a sentença em seus próprios termos, conforme se observa da ementa supracitada.

É de ser ter presente, contudo, como visto, que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes estão superadas pelo moderno entendimento jurisprudencial, que prioriza a avaliação do caso com base em elementos concretos e à luz do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço da impetração. De ofício, concedo a ordem, para afastar a obrigatoriedade do regime fechado para início de cumprimento da pena e o óbice à substituição da pena, determinando que o Juiz de piso examine a possibilidade de fixação de regime menos gravoso, bem como da substituição da pena, com base nas circunstâncias do caso concreto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0217381-0

HC 218.295 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 22742182011816000 7965233

EM MESA

JULGADO: 09/10/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GESSIVALDO OLIVEIRA MAIA E OUTRO
ADVOGADO : GESSIVALDO OLIVEIRA MAIA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : ANDRÉ DE SOUZA MOREIRA (PRESO)

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.