



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.141 - RS (2012/0081348-3)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : MARCELO MARCANTE FLORES
ADVOGADO : MARCELO MARCANTE FLORES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : SADI DA SILVA

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE JULGAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM RESTRITIVA DE DIREITOS. ÓBICE AFASTADO PELO STF. NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS ELENCADOS NO ART. 44 DO CP. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE RECONHECERAM SER INADEQUADA A SUBSTITUIÇÃO COM ESTEIO EM ELEMENTOS DOS AUTOS. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

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

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

III. Hipótese na qual a defesa interpôs recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da condenação criminal, ainda pendente de julgamento.

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

V. Em que pese o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade das expressões constantes no § 4º do artigo 33 e artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006, bem ainda a recente edição pelo Senado da Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução do texto legal, a conversão da penal corporal em restritiva de direitos depende do atendimento aos requisitos elencados no artigo 44 do Código Penal.

VI. As instâncias ordinárias reconheceram a impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos com esteio em elementos concretos dos autos, considerando as circunstâncias da apreensão do réu em flagrante, bem como a natureza mais lesiva do crack e a quantidade de droga depositada na residência do acusado, que seria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ponto de venda de entorpecentes.

VII. Conforme o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, a concessão do benefício do art. 44 do Código Penal depende do preenchimento dos requisitos de natureza objetiva e subjetivas, cabendo ao Julgador analisar a pertinência da conversão da pena corporal em restritiva de direitos, com base nos elementos dos autos (Precedente).

VIII. Maiores incursões acerca do tema que demandariam revolvimento do conjunto fático-comprobatório dos autos, o que se mostra inviável em sede de *writ*, não tendo sido aferida flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem, caracterizando o uso inadequado do instrumento constitucional.

IX. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 12 de junho de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.141 - RS (2012/0081348-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu parcial provimento ao recurso ali interposto por SADI DA SILVA.

O paciente foi condenado a 6 (seis) anos e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, da Lei 11.343/06, sendo-lhe vedado o apelo em liberdade e a conversão da pena corporal em restritiva de direitos.

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que deu provimento ao apelo para absolver o réu no tocante ao crime de associação para o tráfico, tendo estabelecido a pena em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão pela narcotraficância. Todavia, o regime prisional intermediário restou mantido, assim como o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Eis a ementa do acórdão proferido no julgamento do referido recurso:

"APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/06.

PRELIMINARES. NULIDADE DO FEITO ANTE À INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 212 DO CPP. INOCORRÊNCIA. O RITO PROCESSUAL FOI INTRODUZIDO NA AUDIÊNCIA NOS PERFEITOS MOLDES DO CPP, SENDO QUE NENHUM ATO REALIZADO AFRONTOU O ARTIGO MENCIONADO.

NULIDADE QUANTO À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PELA PRISÃO EM FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS DE PROVA CONCRETOS. APREENSÕES E RELATOS TESTEMUNHAIS. ALEGAÇÕES QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO DA CAUSA.

MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DE PRIMEIRO GRAU.

DEPOIMENTO DE POLICIAIS ENVOLVIDOS NO FLAGRANTE. VALIDADE COMO MEIO PROBATÓRIO.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS QUE NÃO CONTEMPLAM A TESE DEFENSIVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAS. MANUTENÇÃO DOS PATAMARES ESTABELECIDOS EM PRIMEIRO GRAU, COM O AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA PARA UM DOS RÉUS, PORQUE NÃO CONFIGURADA.

MANUTENÇÃO DA APLICAÇÃO DA REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM 1/4 PARA UM DOS RÉUS HAJA VISTA A NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. INCIDÊNCIA TAMBÉM SOBRE A PENA DE MULTA.

PENA DE MULTA. ISENÇÃO DO PAGAMENTO PARA ABSOLVER OS ACUSADOS EM RELAÇÃO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO E REDIMENSIONAR AS PENAS EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS" (fls. 85/86).

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante insurge-se contra a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou, por entender que a pena privativa de liberdade imposta ao ora paciente deveria ter sido convertida em restritiva de direitos.

Alega, para tanto, que o óbice do art. 44 da Lei de Tóxicos foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 97.256/RS, passando a ser admissível a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos, mediante a análise dos requisitos do art. 44 do Estatuto Repressor Penal.

Aduz, ainda, que o *quantum* de pena imposto, estabelecido em patamar inferior a quatro anos de reclusão, bem como as condições pessoais favoráveis do réu, tais como a sua primariedade, o fato de possuir residência fixa e desempenhar atividade laboral lícita, denotam a possibilidade da concessão da retrocitada benesse.

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de converter a pena corporal em restritiva de direitos ou, alternativamente, para determinar que o Colegiado de origem analise a viabilidade da concessão do benefício ao ora paciente.

Liminar indeferida à fl. 115.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 122/125, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.141 - RS (2012/0081348-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu parcial provimento ao recurso ali interposto por SADI DA SILVA.

O paciente foi condenado a 6 (seis) anos e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, da Lei 11.343/06, sendo-lhe vedado o apelo em liberdade e a conversão da pena corporal em restritiva de direitos.

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que deu provimento ao apelo para absolver o réu no tocante ao crime de associação para o tráfico, tendo estabelecido a pena em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão pela narcotraficância. Todavia, o regime prisional intermediário restou mantido, assim como o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante insurge-se contra a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou, por entender que a pena privativa de liberdade imposta ao ora paciente deveria ter sido convertida em restritiva de direitos.

Alega, para tanto, que o óbice do art. 44 da Lei de Tóxicos foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 97.256/RS, passando a ser admissível a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos, mediante a análise dos requisitos do art. 44 do Estatuto Repressor Penal.

Aduz, ainda, que o *quantum* de pena imposto, estabelecido em patamar inferior a quatro anos de reclusão, bem como as condições pessoais favoráveis do réu, tais como a sua primariedade, o fato de possuir residência fixa e desempenhar atividade laboral lícita, denotam a possibilidade da concessão da retrocitada benesse.

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de converter a pena corporal em restritiva de direitos ou, alternativamente, para determinar que o Colegiado de origem analise a viabilidade da concessão do benefício ao ora paciente.

Passo à análise da irresignação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consoante se verifica na página do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a Defesa interpôs recursos especial e extraordinário contra o acórdão proferido em sede de apelação, ainda pendentes de julgamento. Decerto, infere-se a utilização do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Essa peculiaridade suscita a seguinte ordem de considerações.

A interposição de *habeas corpus* concomitantemente à utilização do recurso especial mostra à evidência uma duplicidade reveladora de um certo desprestígio das instâncias institucionais de natureza constitucional.

Com efeito, o recurso especial, ainda quando restrito às hipóteses previstas na Constituição, constitui por vocação o recurso típica da instância de competência do Superior Tribunal de Justiça e que, junto com o Supremo Tribunal Federal, forma a instância excepcional de controle jurisdicional.

A sua função de guardião da legalidade complementa a da Suprema Corte de guardião da constitucionalidade, de tal modo que a sincronia e convergência de proposições jurisprudenciais são a própria razão constitucional da bipartição desse controle.

Nesse quadro, na apreciação dos recursos especiais, este Tribunal exerce a mais expressiva missão constitucional de pacificação e uniformização das soluções judiciais no âmbito infraconstitucional, revestindo-se essa atribuição da mais elevada importância a ponto de refletir-se além do seu campo técnico específico para, seguidas vezes, enveredar pelo universo político-administrativo como conseqüência lógica de seus veredictos.

Nessa perspectiva, é significativa a natural relevância de seus julgados, a que o Tribunal, por sua vez, deve emprestar o peso de sua respeitabilidade enquanto prestigia sua própria jurisdição.

Por essa razão, a admissão de medidas de natureza mandamental também previstas na Constituição - como o mandado de segurança e o *habeas corpus* - deve ser compreendida na instância excepcional com a devida e correlata limitação.

No que respeita ao *habeas corpus*, a jurisprudência de todos os tribunais - cada qual no seu respectivo campo de atuação - tem por inegável sua viabilidade incondicional como garantia constitucional de proteção da liberdade, mas a possível convivência institucional com outros recursos não pode, na prática, convertê-lo em ferramenta única e hegemônica de controle processual frustrando a razão lógica dos recursos ordinários e, no caso do Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, do recurso de sua índole institucional mais representativa.

A concomitância ou a possível interposição de recursos cabíveis e, ao mesmo tempo, do *habeas corpus* - cuja agilidade, informalidade, amplitude, preferência e prestígio constitucional lhe conferem legitimidade incontestável - revela-se assim algumas vezes uma compreensível providência de defesa.

Mesmo assim, existem diferentes graus de admissibilidade dessa convivência que é tanto mais razoável quando substitutivo ou concomitante no âmbito da apelação (com reexame de fatos e provas) do que no âmbito do recurso excepcional no exame, de estrita legalidade.

Ora, sem diminuir a estatura do *habeas corpus*, mostra-se oportuno - para a proteção da liberdade, mas também o resguardo da relevância da função constitucional do recurso especial - harmonizar as respectivas finalidades.

Tal como a Corte Suprema tem admitido excepcionalmente, a impetração deve ser aceita apenas nos casos de evidente situação de risco, perigo ou urgência, sobretudo quando do conteúdo da decisão impetrada puder transparecer equívoco ou erro grave, que inclusive, em hipótese extrema, justificasse a concessão de ofício da ordem.

Não é disso, entretanto, que se trata na maioria das vezes, nas quais além de não se vislumbrar situação que se possa identificar como aberrante, postula-se a reforma da dosimetria da pena ou absolvição do réu, matérias que, pela natureza diretamente afeta às instâncias ordinárias e sujeitas à jurisdição de cognição ampla, por evidente não podem ser objeto de exame na via estreita e sem contraditório da impetração mandamental.

Neste contexto, cumpre destacar que deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

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

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*, hoje



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial - instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da condenação criminal - foi devidamente interposto.

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

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

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

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

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Nessa mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado do Supremo Tribunal Federal:

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

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

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

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

Todavia, o reexame da dosimetria em sede de *mandamus* é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade, como não se infere na hipótese dos autos.

Com efeito, em que pese o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente, por maioria de votos, a inconstitucionalidade das expressões constantes no § 4º do artigo 33 e artigo 44, ambos da Lei 11.343/2006, bem ainda a recente edição pelo Senado da Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução do texto legal, a conversão da penal corporal em restritiva de direitos depende do atendimento aos requisitos elencados no artigo 44 do Código Penal.

In casu, verifica-se que o paciente, além de ser primário, foi condenado a pena não superior a quatro anos de reclusão, pela prática conduta na qual não houve o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. Contudo, a teor do inciso III do artigo 44 do Estatuto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Repressor Penal, o Julgador deverá, igualmente, sopesar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do delito, a fim de verificar se a substituição da pena por restritiva de direitos mostra-se socialmente recomendável.

O Juízo processante, na dosimetria da pena, asseverou:

" Deixo de proceder, no caso em testilha a substituição prevista no art. 44 do Código Penal ou a suspensão condicional da pena prevista no art. 77 do mesmo diploma legal, tendo em vista não só a vedação legal, mas também a natureza dos delitos e as circunstâncias desses, não sendo tal substituição socialmente recomendável, até porque a pena privativa de liberdade é superior ao quantum estabelecido nos referidos artigos, obstante a concessão dos precitados benefícios legais" (fls. 77/78).

No bojo do acórdão recorrido, o Colegiado de origem, quanto à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, reconheceu:

"Quanto à substituição da pena carcerária por restritivas de direitos, embora possível, em tese, para o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, diante da recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento do HC nº 97.256/RS, conforme consta no informativo nº 598, tenho que se trata de medida excepcional, dependendo de criteriosa análise do caso concreto.

No caso dos autos, a medida não é socialmente recomendável em razão da natureza da droga apreendida, o que indica que o réu Sadi não é iniciante, muito embora não registre condenação anterior. Outro dado contra-indica a substituição, o fato de que o apelante não comprovou trabalho lícito" (fl. 105/106).

Com efeito, as instâncias ordinárias reconheceram a impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos com esteio em elementos concretos dos autos, considerando as circunstâncias da apreensão do réu em flagrante, bem como a natureza mais lesiva do crack e a quantidade de droga depositada na residência do acusado, que seria ponto de venda de entorpecentes.

De fato, conforme o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, a concessão do benefício do art. 44 do Código Penal depende do preenchimento dos requisitos de natureza objetiva e subjetivas, cabendo ao Julgador analisar a pertinência da conversão da pena corporal em restritiva de direitos, com base nos elementos dos autos. Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. 2. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3. ORDEM DENEGADA. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 97.256/RS, reconheceu a inconstitucionalidade da vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, trazida pela Lei nº 11.343/2006, entendendo, assim, ser possível a conversão da pena reclusiva pela restritiva de direitos, sempre que presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. 2. No caso em apreço, apesar de afastar a vedação legal contida na Lei de Drogas, o Tribunal a quo negou à paciente o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos consignando que ela não preenche os requisitos previstos no art. 44, III, do Código Penal, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, notadamente o fato de ter sido flagrada tentando entrar em um estabelecimento prisional com, aproximadamente, 75 gramas de maconha, dividida em dois tijolos, para entrega a consumo de terceiros, não se evidenciando nenhum constrangimento ilegal. Pelos mesmos motivos ora expostos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 8 anos (diga-se, 2 anos e 11 meses de reclusão), o regime mais rigoroso é o mais adequado. 3. Habeas corpus denegado" (HC 202239 / RS, Quinta Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 22/05/2012 - grifei).

Ademais, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento do conjunto fático-comprobatório dos autos, o que se mostra inviável em sede de writ, não tendo sido aferida flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem, caracterizando o uso inadequado do instrumento constitucional.

Ante exposto, denego o writ, nos termos acima deduzidos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0081348-3

HC 240.141 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3321000063132 70046022471

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO MARCANTE FLORES
ADVOGADO : MARCELO MARCANTE FLORES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : SADI 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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

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

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