



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.513 - DF (2012/0099012-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ANDRÉA CANELLAS ALEXANDRE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ROOSEVELT RAPHAEL LIMA PALMEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. GRANDE QUANTIDADE DA DROGA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL 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. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, 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. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela grande quantidade da droga - quase 400 g de maconha -, 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.
3. 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.
4. *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. O Tribunal de origem sequer analisou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o que impediria a análise da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Verifica-se, entretanto, manifesta ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, de ofício.
5. 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 pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de entorpecentes, bem como o óbice do art. 44 do Diploma Antidrogas, 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, mas, concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 19 de março de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.513 - DF (2012/0099012-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ANDRÉA CANELLAS ALEXANDRE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ROOSEVELT RAPHAEL LIMA PALMEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ROOSEVELT RAPHAEL LIMA PALMEIRA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Apelação n.º 20090111348679APR).

O paciente foi condenado à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

Na terceira fase, constato a existência da causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. No entanto, tendo em vista a grande quantidade de droga encontrada em poder do sentenciado, diminuo a pena em 3/5 (três quintos), tornando-a definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, diante da ausência de causa de aumento de pena. A pena de multa, dadas as condições do acusado, deverá ser calculada a razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, considerado na data fato e corrigido na forma do art. 43 da Lei Antitóxicos.

A pena do condenado será cumprida no regime inicialmente fechado, assegurada a respectiva progressão, na esteira da recente decisão do Supremo Tribunal Federal (HC nº 82.959-7).

Fixei o regime fechado para início do cumprimento da pena, independentemente do seu montante, porque pelo que se depreende do julgamento do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959-SP a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, não exterminou com regime fechado, para os crimes nela definidos ou mencionados. Tanto naquela decisão, como nas seguintes não se determinou à Vara de Execução a revisão do regime de cumprimento da pena, com a observância do art. 33 do Código Penal. Pelo contrário, encarregou-se àquelas Varas de verificarem apenas os requisitos legais para conferir ou não a progressão.

A declaração de inconstitucionalidade, estabelecida "incidenter tantum", lastreou-se no fundamento do instituto da progressão ser um dos consectários do direito constitucional a individualização da pena, instrumento de ressocialização do preso, cuja aplicação a lei não poderia suprimir da apreciação judicial (art. 5º, inciso XLVI e HC 82.959-SP).

Sendo esses os parâmetros traçados por força daquele julgamento, isto é, a declaração não atingiu o regime estabelecido nos processos transitados em julgado, com mais razão para se observar os mesmos paradigmas nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamentos em curso ou futuros.

A necessidade de iniciar o cumprimento da pena no regime fechado para os delitos definidos pela Lei nº 8 072/90 parte do reconhecimento tanto pela Magna Carta (art. 5º, inciso XLIII), como da legislação ordinária, que determinadas infrações sejam tratadas com maior recrudescimento, seja com relação à quantidade e qualidade da pena, seja no tocante ao modo ou início de seu cumprimento.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, tendo em vista imperativo legal (art. 44, "in fine", da Lei 11.343/2006).

O sentenciado está com a liberdade segregada, tendo permanecido nesta condição durante todo o curso da instrução criminal, não havendo motivos supervenientes para, neste momento, em que reconhecida a culpa/responsabilidade, seja colocado em liberdade, persistindo, assim, os motivos de sua segregação cautelar. Recomendo-o na prisão em que se encontra (fls. 19/20).

A Defesa, irresignada, interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos seguintes termos:

Recurso tempestivo, cabível e regularmente processado. Dele conheço.

ROOSEVELT RAPHAEL LIMA PALMEIRA apela contra sentença que o condenou pela prática do crime do artigo 33, **caput** da Lei 11.343/06, e lhe impôs a pena corporal de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 200 (duzentos) dias-multa, ao valor unitário mínimo.

Postula a desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/2006. Alternativamente, a fração máxima de diminuição do artigo 33, §4º da Lei de Drogas e o regime aberto.

Narra a denúncia que, no dia 26 de agosto de 2009, na entrada do bloco B, da quadra 601, Cruzeiro Novo/DF, o réu trazia consigo, para fins de difusão ilícita, 01 (uma) porção de maconha de 0,55g de massa bruta. No apartamento 204 do mesmo endereço, o réu tinha em depósito, para fins de difusão ilícita, 01 (uma) porção de maconha de 6,94g de massa bruta, 03 porções de maconha de 342,02g de massa bruta e 01 (uma porção) de maconha de 40,03g de massa bruta.

Materialidade certa e não contestada. A autoria também está demonstrada, em que pese a afirmativa do réu de que as drogas destinavam-se ao uso pessoal.

No campo dos delitos ligados a tóxicos, pela natureza peculiar, o desate exige quase sempre, além dos fatos, indícios e outros elementos concludentes, no sentido de suprir eventuais lacunas e de não remanescer qualquer dúvida de que os fatos não tenham ocorrido de modo diverso. São crimes praticados de modo sub-reptício, clandestino e oculto, pelo que, em relação a eles, especial atenção e valor devem ser dados à prova indireta colhida, principalmente se harmonizada com o contexto da instrução.

Primeiro, destaca-se a quantidade expressiva da droga, 389,54g (trezentos e oitenta e nove gramas e cinquenta e quatro centigramas). Se para um cigarro bastam 2g (duas gramas), a quantidade tem potencial para gerar em torno de 194 (cento e noventa e quatro) cigarros. A forma de acondicionamento também denota tráfico (fl. 120).

O réu em juízo negou a comercialização, mas admitiu a propriedade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga e confessou que, às vezes, fornecia para alguns amigos a fim de consumirem juntos (fls. 173/174).

A prova oral aponta o tráfico. A testemunha VANDERLUB DE SOUZA SAMPAIO, agente de polícia, declarou:

"(...) que participou da prisão do réu, destacando que no dia dos fatos, havia recebido uma informação de que o réu guardava droga em casa, mais precisamente maconha e seria traficante; que foi ao local para prestar apoio solicitado por um delegado; que aguardaram a chegada do acusado, ocasião em que encontraram uma bucha de maconha em sua mochila; que o próprio suspeito confirmou que havia mais droga em casa, ou seja, o apartamento 204, do bloco B, da quadra 601 do Cruzeiro Novo; que subiram para o apartamento, tendo o próprio réu se dirigido ao seu quarto, pegado uma mochila preta, em cujo interior havia três tijolos, nove tabletes e uma "bucha" de maconha; que no momento da abordagem o réu tinha consigo R\$256,00; que indagado sobre a droga o réu informou que seria para o próprio uso; que no interior da viatura, o réu afirmou que não vendia droga, mas apenas anabolizante; que dentro do armário do réu havia quatro ampolas de anabolizante; que a irmã do acusado disse que o irmão realmente estava envolvido com o tráfico e que ele fazia essas transações ali mesmo próximo da residência, ou seja, no estacionamento, para onde ele se dirigia quando era chamado por algum interessado; que a "bucha" que estava na mochila do réu era pequena; que também foi apreendido o computador do acusado, porque segundo a própria irmã, seria empregado para fazer também essas transações ilícitas. Dada a palavra ao MP, nada requereu. Dada a palavra ao (à) Defensor (a) Público (a), às suas perguntas respondeu: que a família não especificou se as pessoas que compravam droga do réu eram vizinhos ou coisa parecida; que no intervalo entre a abordagem, as buscas e a saída do local, não abordaram ninguém que tivesse comparecido no local para adquirir droga do réu; que não tinha nenhuma informação da pessoa do réu, está afastado da área de entorpecente e apenas foi prestar apoio, conforme já narrado" (fl. 193).

No mesmo sentido, as declarações do Delegado de Polícia MARCO ANTÔNIO DE SOUZA SILVA (fl. 191/192).

A jurisprudência desta Turma é no sentido da idoneidade da prova quando se tratar de depoimento de policial que, como agente público, goza de presunção de veracidade (20090110067562APR, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 05/11/2009, DJ 11/01/2010 p. 98).

A irmã do apelante, SAMYA LIMA PALMEIRA, apesar de ter se retratado em juízo, na delegacia, confirmou a comercialização ilícita de drogas pelo réu. Confira:

"Que, em 2004, salvo engano, a genitora da declarante, MARINETE DA SILVA LIMA PALMEIRA, e ROOSEVELT vieram da cidade de Maceió/AL para esta cidade do Cruzeiro/DF, onde se estabeleceram no endereço acima mencionado; Que a genitora da declarante objetivava livrar ROOSEVELT do uso da droga ilícita conhecida por maconha, visto que este se mostrava viciado; Que a declarante veio para esta cidade em 2005 e seu genitor THIAGO ROOSEVELT CARDOSO PALMEIRA em 2007; Que, ao invés de deixar de fumar maconha, ROOSEVELT passou a fazer uso desta e de outras drogas, como cocaína, etc; Que, no início do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ano passado (2008), ROOSEVELT foi expulso de casa, em razão do uso dos entorpecentes e por agredir os familiares, quando sob o efeito das drogas; Que, no final de maio deste ano (2009), ROOSEVELT retornou à residência da família, dizendo que iria mudar seu comportamento e deixar de fazer uso de drogas ilícitas, inclusive se dispondo a fazer tratamento para deixar o vício, sendo, por isto, foi aceito pelos familiares; Que ROOSEVELT não cumpriu com suas promessas, ao invés disto os familiares passaram a ver resquícios de maconha pelo chão da residência e um forte cheiro do entorpecente no ambiente familiar, em especial em seu quarto de dormir; Que, além disto, a declarante passou a acompanhar as conversas de 'bate papo pelo MSN' de ROOSEVELT verificando que este estava fazendo transação de venda de droga; Que ROOSEVELT efetuava a venda da maconha na 'porta' do colégio CIMAN, situado em frente a sua residência; Que, desde 2004, ROOSEVELT não exerce atividade profissional remunerada, porém sempre foi visto com 'dinheiro' e ultimamente o mesmo vinha usando roupas de 'marca' e jóias, sem explicar como adquiria os objetos; Que, hoje, de manhã (09hs), a declarante teve que ir ao quarto de ROOSEVELT, sendo que ao verificar o guarda-roupa deste deparou-se com uma mochila, de cor preta, e no seu interior encontrava-se 'muita' maconha em tablete, dentro de uma sacola plástica de supermercado; Que a declarante, então, ligou para sua genitora e informou o que havia encontrado no guarda-roupas de ROOSEVELT; (...) Que, 'antes de ontem' (segunda-feira), por volta das 18h30min, a declarante e seu genitor viram, pela janela do quarto do apartamento, ROOSEVELT nas proximidades do Colégio CIMAN, falando ao celular, sendo que momentos depois aproximou-se um desconhecido que recebeu um objeto de ROOSEVELT e entregou-lhe algo e afastou-se, sendo que, provavelmente, ROOSEVELT estava vendendo drogas para o desconhecido". (fls. 11/12).

Impossível a desclassificação. Caracterizado o tráfico.

No que concerne à pena, observa-se que a sentença elegeu a fração de 3/5 (três quintos) para a causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas (fl. 235). Correto. A grande quantidade de droga encontrada em poder do réu justifica a fração eleita. Nada a reparar no restante da dosimetria da pena.

Em relação ao regime, apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado pelo Pretório Excelso, o delito de tráfico de entorpecentes continuou equiparado a hediondo e incompatível com regime inicial mais leve do que o fechado. O alcance da declaração de inconstitucionalidade se fez claro, tão-só, quanto à possibilidade de progressão de regime para os crimes intitulados hediondos.

Portanto, não obstante o **quantum** da pena, há vedação expressa no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, com a nova redação da Lei 11.464/07. Confira:

(...)

Nego provimento ao recurso (fls. 24/27).

Impetrou-se o presente *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que declinou da competência e fez remessa dos autos para esta Corte.

Alega a impetrante que embora o magistrado sentenciante tenha reconhecido a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reduziu a pena em 3/5, considerando a quantidade da droga apreendida. Entretanto, tal fundamento não é suficiente para a não aplicação do redutor no patamar máximo de 2/3.

Assevera que há de se fixar regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado, consoante jurisprudência desta Corte. Aduz que o regime aberto é o adequado, tendo em vista não ter a reprimenda superado o limite de quatro anos exigido pelo artigo 33 § 2º, alínea "c", do Código Penal, além da reconhecida primariedade do réu.

Aduz que a quantidade da droga apreendida não é fundamento bastante para negar a substituição de penas privativas de liberdade por restritiva de direito quando presentes os requisitos elencados no art. 44 do Código Penal - não reincidência em crime doloso e não ter praticado o delito com violência ou grave ameaça.

Requer a concessão da ordem para "anular a sentença no tocante à dosimetria da pena, e, assim, aplicando-se a causa máxima de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da lei nº 11.343/06, em razão do reconhecimento da primariedade do réu, ser ele portador de bons antecedentes e não integrante de organização criminoso, e, por conseguinte, a adequação do regime inicial de cumprimento de pena para o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fl. 8).

Foram prestadas informações às fls. 78/80, 82/85 e 88/94.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Wagner de Castro Mathias Netto, pela denegação da ordem (fls. 97/104).

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, realizada em 15.3.2013, obteve-se a informação de que foi deferida ao paciente a prisão domiciliar, em 8.2.2013.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.513 - DF (2012/0099012-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. GRANDE QUANTIDADE DA DROGA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL 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. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, 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. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela grande quantidade da droga - quase 400 g de maconha -, 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.
3. 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.
4. *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. O Tribunal de origem sequer analisou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o que impediria a análise da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Verifica-se, entretanto, manifesta ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, de ofício.
5. 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 pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.
6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de entorpecentes, bem como o óbice do art. 44 do Diploma Antidrogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cumpre salientar, inicialmente, que estes autos foram distribuídos à minha relatoria por prevenção ao AResp n.º 15.128/DF, interposto pelo paciente, ao qual neguei provimento em 20.6.2011.

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

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

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

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

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

Quanto ao patamar de diminuição, na terceira fase da dosimetria, não há nada a retificar no acórdão atacado, haja vista que o Tribunal *a quo* manteve a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em 3/5 (três quintos), fixado neste patamar pelo Magistrado de primeiro grau, em razão da elevada quantidade da droga apreendida - quase 400 g de maconha (fl. 15).

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

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, concretamente fundamentado o *quantum* de diminuição referente à causa especial prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, não há que se falar em ilegalidade.

A respeito disso, já decidiu esta Corte que, fundamentada a aplicação da pena, fixar outro montante de redução demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via angusta do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/2. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DENEGADA.

1. 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 determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a variedade e a quantidade das substâncias apreendidas - 65,71g de "maconha" e 16,56g de "merla" - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3.

3. Não havendo ilegalidade na fixação do quantum a ser reduzido pela minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, 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.

(HC 178.964/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22.8.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM METADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O Tribunal Estadual, ao aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, estabeleceu, de forma motivada e proporcional, o coeficiente em 1/2 (metade), dada a quantidade de droga apreendida e a forma de seu acondicionamento - ressalte-se, 5, 7 (cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, divididos em 15 (quinze) porções.

2. Esta Corte tem decidido, em casos semelhantes, que tais circunstâncias justificam uma redução de pena diversa do patamar máximo de 2/3 (dois terços).

3. Impende ressaltar que, estando devidamente fundamentada a opção pelo coeficiente de 1/2 (metade), não há como, na via estreita do writ, operar-se revolvimento nos elementos de prova.

(HC 178.160/MG, Sexta Turma, de minha relatoria, DJ e de 11.10.2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR EM SEU PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE SOPESADA PARA AFASTAR A POSSIBILIDADE DA DIMINUIÇÃO DA PENA EM EM 2/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. O § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 apenas elenca os pressupostos exigidos do réu para obtenção de tal benesse, estipulando que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, sem contudo, deduzir os parâmetros a serem considerados quando da aplicação da minorante.

III. Compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no art. 42 da Lei de Tóxicos, fixar quantum de redução de pena pertinente ao caso, levando em conta o montante de droga que restou apreendido em posse do agente.

IV. Tendo o Colegiado de origem considerado a quantidade de entorpecente apreendido ao reduzir a pena em 1/6 (um sexto), não há que se falar em arbitrariedade a ser sanada a via do writ.

V. Maiores incursões acerca da dosimetria da pena que demandariam a análise detida do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de habeas corpus.

(HC 179.086/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14.4.2011)

Da Suprema Corte, colho o seguinte julgado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PENA REDUZIDA EM 1/3 (UM TERÇO) EM DECISÃO FUNDAMENTADA NA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. O habeas corpus, ação autônoma de impugnação, não é admissível como substitutivo do recurso próprio, in casu, o RHC, tampouco para aferir a exatidão da dosimetria da pena.

2. A causa especial de diminuição de pena de que trata o § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 pode ser aplicada em apenas 1/3 (um terço), num intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), com fundamento na personalidade e conduta social do paciente, que é critério preponderante fixado na lei, revelando a justeza da sanção no caso concreto. Precedentes: HC 98.900, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30/11/2010 e HC 94.559, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 04/11/2010).

3. In casu, o paciente foi condenado à pena-base no mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/3 (um terço), em razão do envolvimento anterior do paciente com entorpecentes e com pessoas que lidam com o comércio de drogas.

4. Deveras, eventual redimensionamento da pena com base na prova dos autos implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de writ.

(HC 100.800/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 13.9.2011)

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

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

O citado writ possui esta ementa:

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

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

Dessarte, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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

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

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

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

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

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

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

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

Na hipótese vertente, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito. Ademais, observa-se que o Tribunal de origem sequer analisou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o que, em princípio, impediria a análise da matéria por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância. Verifica-se, entretanto, manifesta ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Com efeito, para estabelecer o regime prisional e verificar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos arts. 33 e parágrafos, e 44 e incisos, do Código Penal, o que não ocorreu na espécie.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, realizada em 15.3.2013, colheu-se a informação de que a condenação do paciente transitou em julgado. Assim, 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 pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, e incisos, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do writ. **Concedo a ordem, de ofício**, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de entorpecentes, bem como o óbice do art. 44 do Diploma Antidrogas, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0099012-0

HC 242.513 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090111348679 20120020069513

EM MESA

JULGADO: 19/03/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRÉA CANELLAS ALEXANDRE

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : ROOSEVELT RAPHAEL LIMA PALMEIRA (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, mas, concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.