



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.971 - SP (2013/0399894-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : HELIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO : HÉLIO DA SILVA SANCHES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS PAULO DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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. 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.
3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de 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".
4. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas - 62,85 g de cocaína e 310,33 g de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 11 de março de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.971 - SP (2013/0399894-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : HELIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO : HÉLIO DA SILVA SANCHES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS PAULO DE SOUZA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCOS PAULO DE SOUZA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0002592-27.2007.8.26.0663).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, juntamente com um corréu, à pena de 2 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c.c art. 46, sendo-lhe aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, todos da Lei n.º 11.343/2006 (fls. 109/114).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, *in verbis*:

No mérito, a r. sentença proferida deve ser mantida tal qual editada na origem.

Com efeito, o processo mostra-se hígido, não encerrando qualquer vício ou nulidade. Ademais, a solução condenatória foi devidamente motivada, a partir do exame aprofundado das provas contidas nos autos, realizado pela ilustre sentenciante na r. decisão atacada, que deve prevalecer.

Realmente, da análise dos autos verifica-se que os réus foram condenados porque tinham em depósito e preparavam, para fins de tráfico, 62,85g de cocaína em pó e 310,33g de cocaína em forma de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade restou efetivamente demonstrada (cf. fls. 145/148). O mesmo pode ser dito quanto à autoria, diante do sólido e coeso conjunto probatório carreado aos autos.

É o que se extrai dos depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação João Geraldo de faria Galdino, João Carlos Bueno da Mota e Osvaldo Assis Camargo (cf. fls. 129/135 e 141/142).

Destarte, a responsabilidade penal dos irrogados quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes está devidamente demonstrada, não havendo que se falar em desclassificação do delito.

Consequentemente, o édito condenatório se impõe.

De outro lado, ao contrário dos entendimentos externados pelas partes, as penas foram corretamente dosadas, não se vislumbrando erro técnico a ser reparado, nem excessivo rigor a ser expurgado.

Importa anotar que, relativamente às questões suscitadas pelas partes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve ser respeitado o livre convencimento motivado do MMº Juiz da origem, que não se mostra equivocado, e encontra ressonância no entendimento que segue prevalecendo nesta Turma Julgadora, partilhado por esta relatoria.

Saliente-se que a substituição da carcerária por penas alternativas não se mostra viável, nem adequada, na hipótese, porque transmitiria aos agentes, que foram flagrados com expressiva quantidade de substância entorpecente, de elevado potencial destrutivo, inadmissível sensação de impunidade, incompatível com a gravidade concreta de suas condutas.

Por fim, o regime prisional estabelecido guarda plena sintonia com a gravidade do caso concreto e a culpabilidade revelada pelos agentes.

Portanto, como a r. sentença guerreada não foi abalada pelas razões recursais apresentadas, deve ser confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos, ora ratificados, a teor do disposto no artigo 252 do Regimento Interno desta Corte.

Assim, rejeita-se a preliminar arguida e, no mérito, nega-se provimento aos apelos. Comunique-se (fls. 154/156).

Em favor do corrêu, impetrou-se o HC n.º 258.784/SP perante esta Corte, do qual não conheci, porém, concedi a ordem, *ex officio*, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MANIFESTA ILEGALIDADE OCORRÊNCIA. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. 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. 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, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. *In casu*, o regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores, 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.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o acórdão guerreado, no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, a fim de que outro seja proferido, à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Prolatado novo acórdão de apelação, foi mantido o regime inicial fechado, nos seguintes termos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por determinação do Egrégio Tribunal Superior, impõe-se que o julgamento nesta Corte seja retomado nesta oportunidade, exclusivamente, para fixação da modalidade prisional inicial.

Pois bem. Em que pese o empenho da combativa defesa, o regime inicial fechado, estabelecido em Primeiro Grau, deve prevalecer.

Ambos os réus foram condenados por infração ao artigo 33, **caput**, e § 4º, c.c. o artigo 46, da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 29, **caput**, do Código Penal. Em função disso foram apenados, cada qual, com 02 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, e 278 dias-multa, no menor valor unitário.

À luz do disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, as privativas de liberdade estabelecidas autorizariam, em tese, a fixação de modalidade carcerária diversa da mais grave. Na prática, porém, diante das características do caso concreto em análise, isso não se afigura viável.

Afinal, os acusados foram presos em flagrante com expressiva quantidade de cocaína (62,85 g.) e *crack* (310,33 g.), drogas de elevado potencial destrutivo. No momento da prisão, eles embalavam os entorpecentes em porções menores, que seriam comercializadas. É fato, pois, que os increpados faziam pouco caso das autoridades constituídas, e não davam nenhum valor à vida. Por torpe ganância, eles ignoravam a proibição legal, e alimentavam o vício alheio. Pretendiam enriquecer às custas do sofrimento e da morte de outras pessoas.

Tal comportamento revela ousadia e elevada culpabilidade. Torna evidente, outrossim, que os réus são pessoas extremamente nocivas para o meio social. Tais características pessoais são incompatíveis com a imposição de regime prisional diverso do fechado, que não seria suficiente para a repressão e prevenção do gravíssimo ilícito penal perpetrado.

Considerando-se a gravidade concreta da conduta imputada, e tendo-se em conta, especialmente, que a traficância, nos moldes e proporções em que perpetrada no caso em apreço, é prática hedionda e odiosa, que desafia e se opõe às autoridades constituídas, destrói pessoas e famílias, subjuga comunidades inteiras, e aniquila o futuro de crianças e jovens em nossa sociedade, importa observar que os apelantes já foram imensamente beneficiados com a redução de penas, nos moldes do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, não fazendo por merecer nenhum outro benefício.

A rigor, eventual abrandamento da modalidade carcerária transmitiria aos agentes inadmissível sensação de impunidade, que viria em prejuízo da sociedade ordeira.

Assim, na parte em que determinada a renovação do julgamento, nega-se provimento aos apelos defensivos, de modo a permanecer inalterado o regime inicial fechado estabelecido em Primeiro Grau. Subsiste, no mais, o v. acórdão de fls. 288/293, que confirmou a condenação imposta aos réus. Comunique-se com urgência, inclusive para eventual regularização da situação carcerária dos acusados (fls. 20/22).

No presente *mandamus* o impetrante alega que "a gravidade do delito, de per si, como já sedimentado em nossa jurisprudência, não tem o condão de implicar na fixação do regime prisional mais severo (que deve pautar-se pela análise das circunstâncias inseridas no art. 59, CP, por força de expressa dicção do § 3º, art. 33, CP), para cumprimento da pena, sob



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena de afronta ao princípio da individualização da pena" (fl. 10).

Argumenta que "fixada a pena-base no mínimo legal, visto que reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente (primário e de bons antecedentes), não se afigura plausível lhe infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do crime (arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, CP)" (fl. 10).

Invoca o enunciado da súmula n.º 719 do Supremo Tribunal Federal.

Salienta que o paciente é primário, não ostenta personalidade violenta ou voltada para a prática de ilícitos, e que a pena é inferior a 4 anos.

Destaca que a Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", contida no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitando, assim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes.

Requer, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime inicial mais brando, bem como seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 134/137.

Foram prestadas informações às fls. 141/147 e 149/161.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral José Bonifácio Borges de Andrada, pela denegação da ordem (fls. 164/167).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 283.971 - SP (2013/0399894-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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. 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.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de 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".

4. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas - 62,85 g de cocaína e 310,33 g de *crack* - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Preliminarmente, cumpre 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.

Cumprе salientar, inicialmente, que, tanto a estipulação do regime inicial fechado - contida no § 1º do art. 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 art. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Diante disso, 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 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 expendido, 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 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 nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

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

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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 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 nº 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 nº 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.

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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 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 nº 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, entretanto, tenho que a imposição do regime inicial fechado foi devidamente fundamentada, tal como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, razão pela qual não há falar em constrangimento ilegal.

Verifica-se, *in casu*, que o Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado e negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em razão da gravidade concreta do delito em comento, destacando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 62,85 g de cocaína e 310,33 g de *crack* (fl. 24), substâncias causadoras



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de efeitos extremamente deletérios.

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.

Nesse diapasão, o Tribunal *a quo* entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, tendo em vista que a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes encontradas em poder do paciente demonstram que regime inicial mais brando, ou eventual substituição da reprimenda corporal por penas alternativas, não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, 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: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papérolas de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INCABÍVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado. Precedentes.

2. 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.

3. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça já firmaram entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime diverso do fechado nos crimes de tráfico, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto.

4. 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, devendo a análise dos requisitos para a obtenção da conversão da pena se dar nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. A negativa de abrandamento do regime inicial e o indeferimento do benefício da substituição da pena estão justificados em elementos concretos, tendo em vista a quantidade e qualidade dos entorpecentes expostos à comercialização - 20 eppendorfs de cocaína e 29 porções de crack -, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 255.661/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0399894-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 283.971 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00025922720078260663 20130000710687 2362007 25922720078260663

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: HELIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO	: HÉLIO DA SILVA SANCHES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCOS PAULO DE SOUZA
CORRÉU	: ADRIANO CAMILO DE OLIVEIRA

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 da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.