A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora): 1. Habeas corpus, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Herlan Caumol Oliva, apontando-se como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do Habeas Corpus n. 218.875. 2. Relata a Impetrante na inicial: “Segundo informações contidas nos autos, em 18/03/2010, HERLAN CAUMOL OLIVA e SILVA PANIAGUA CUANI foram denunciados pelo Ministério Público Federal (MPF) como incursos nas sanções do art. 33, caput, combinado com o art. 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/2006, e com o art. 29 do Código Penal (CP), por terem sido, supostamente, no dia 18/02/2010, na cidade de Porto Velho/RO, presos em flagrante, no Km 760 da estrada BR 364, transportando 1.497 g (um mil e quatrocentos e noventa e sete gramas) da substância entorpecente “cocaína”, oriunda da Bolívia (eSTJ Fls. 09-11). Após regular instrução processual, em 21/05/2010, o Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia julgou procedente a denúncia para condená-los. Para o Sr. HERLAN, ora paciente, foram fixadas as penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trinta avos) do salário HC 117044 mínimo vigente à época dos fatos, visto que a sua conduta se amoldara ao que prevê o art. 33, caput, combinado com o art. 40, I, da Lei 11.343/2006 (e-STJ Fls. 12-28). Na dosimetria da pena, foi aplicada a causa de diminuição de pena estabelecida no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas (e-STJ Fl. 25).” (Evento 1, fls. 2/3) 3. Contra a sentença de 1º grau, a Defensoria Pública da União interpôs recurso de apelação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 4. Em 21.6.2011, negou-se provimento à apelação: “APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, 1, TODOS DA LEI No 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONCURSO DE PESSOAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. DESCABIMENTO. DOSIMETRIA DAS PENAS. PENA-BASE. DIMINUIÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Materialidade e autoria pelo recorrente do crime de tráfico transnacional comprovadas, pela apreensão de substância entorpecente (cocaína), proveniente do exterior (artigo 33, caput, c/c o artigo 40, 1, Lei nº 11 .343/06). 2. Configuração do concurso de pessoas, não havendo sustentação para a tese de erro de tipo. 3. Impossibilidade de desclassificação do crime para o artigo 28 da Lei Antidrogas, tendo em vista que os réus foram presos com aproximadamente 1 .500g (hum mil e quinhentos gramas) de cocaína, e o co-réu assumiu que a droga era destinada ao comércio no País. 4. Redução da pena-base da ré Silvia Paniagua, desproporcional mente fixada em patamar muito elevado, sem a necessária fundamentação. Inexistência de outras circunstâncias a ela desfavoráveis, além da natureza e quantidade de droga, conforme análise do art. 42 da Lei nº 11 .343/06. Penas do corréu corretamente fixadas. 5. Correta a fixação do regime inicialmente fechado para o HC 117044 cumprimento das penas privativas de liberdade, conforme a dicção do artigo 20, §10, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11 .464/07. 6. Os artigos 33, § 40, e 44 da Lei no 11 .343/06 vedaram a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Entretanto, considerando recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 97256, afastando o óbice legal, deve ser afastada a referida proibição. 7. Tratando-se de réus estrangeiros, sem residência e vinculo laboral no País, não se mostra conveniente e adequada a aplicação de pena restritiva de direito, pois esta não seria suficientemente eficaz como sanção penal, além da possibilidade de os apelantes evadirem-se do País e frustrarem a aplicação da lei. 8. Apelação da ré Sílvia Paniagua Cuani provida, em parte, para reduzir suas penas. Apelação do réu Herlan Caumol Oliva desprovida.” (Evento 3, fl. 62) 5. Impetrou-se então, em benefício do Paciente e da corré Silvia Paniagua Cuani, o Habeas Corpus n. 218.875 no Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Gilson Dipp. Indeferiu-se a liminar em decisão monocrática prolatada em 9.9.2011: “Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, em favor de HERLAN CAUMOL OLIVA e SILVIA PANIAGUA CUANI, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Consta dos autos que os pacientes foram condenados às penas, respectivamente, 03 anos e 06 meses de reclusão e 10 anos e 06 meses de reclusão, pela prática do delito previsto no art. 30, c/c art. 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/06. Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu parcial provimento ao recurso, tão somente para reduzir a pena imposta à Silvia Paniagua Cuani. No presente writ, a defesa alega constrangimento ilegal em face da fixação da pena base acima do mínimo legal, da não aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e HC 117044 do regime aberto de cumprimento da pena. Pugna pela concessão liminar da ordem para que o paciente Herlan possa cumprir a reprimenda em regime menos aberto, além de que lhe seja concedida substituição da pena corporal por restritiva de direitos, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura. Decido: Da análise dos autos, ao menos num juízo superficial, não vislumbro manifesta ilegalidade na decisão proferida pela autoridade apontada como coatora, a ensejar o deferimento da medida de urgência. Ademais, tal matéria confunde-se com o próprio mérito da impetração, o qual será analisado em momento oportuno. Diante do exposto, indefiro a liminar. Solicitem-se informações à Autoridade apontada como coatora. Dê-se vista ao Ministério Público Federal, para parecer. Publique-se. Intime-se.” (Evento 3, fl. 72) No curso da ação, o processo foi redistribuído à Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) (Evento 3, fl. 114). No julgamento colegiado, em 7.3.2013, não se conheceu da impetração: “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. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA ELEVADA. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO HC 117044 IDÔNEA. 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. – Excetuados os casos de patente ilegalidade, é vedado, em sede de habeas corpus, o amplo exame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da pena, por demandar profunda análise de matéria fático probatória. – Demonstrado, pelas instâncias ordinárias, o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base. – O Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados. 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 se tratar de delitos previstos nessa Lei. – No caso, apesar de a pena de um dos pacientes ter sido fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu – comércio transnacional de expressiva quantidade de entorpecente: 1.497g (um mil e quatrocentos e noventa e sete gramas) de cocaína -, justificam a HC 117044 imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido.” (Evento 3, fls. 116/117) 6. Esta decisão é o objeto do presente habeas corpus. Em relação à fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, alega a Impetrante: “O paciente, por intermédio da DPU, discorda da decisão no que se refere à impossibilidade de aplicar o regime aberto como inicial para a execução da pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ora, a maioria das circunstâncias judiciais foram favoráveis a ele, inclusive aquelas previstas no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, consideradas como preponderantes, à exceção da natureza e da quantidade da droga. Diante disso, como justificar a não fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena?! O argumento principal de outrora seria que a Lei 11.343/2006 é clara ao dispor em seu art. 44 que o crime de tráfico de entorpecentes é inafiançável e insuscetível de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, e, inclusive, sendo vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. No entanto, a partir do julgamento do HC 97.256/RS pelo Supremo Tribunal Federal (STF), responsável por dar a interpretação final da legislação infraconstitucional frente à Carta Política, essa rígida regra da impossibilidade de conversão da pena em restritiva de direitos começou a ser flexibilizada, apesar de não ter ficado imune a polêmicas. Já em relação ao regime inicial de cumprimento da pena, o referido artigo não fez qualquer referência, visto que esse assunto sempre fora regido pelas leis dos crimes hediondos. Inicialmente, a Lei 8.072/1990 impunha o regime integralmente fechado. Posteriormente, a Lei 11.464/2007 estabeleceu o regime inicialmente fechado. HC 117044 Porém, também em relação a esse tema, o STF inovou, inclusive em momento anterior ao do julgamento do HC 97.256/RS, permitindo que o regime inicial de cumprimento aberto da pena fosse aplicado para os crimes de tráfico de entorpecentes, conforme a seguir demonstrado: (…) Por isso, houve no presente caso em questão excesso na interpretação dos textos legais, com flagrante violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência para a reprovação e prevenção do delito. Destarte, em razão da presença da maioria das circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente expressamente reconhecidas pelas instâncias inferiores, a Defesa Pública Federal almeja obter o reconhecimento do direito ao cumprimento da sua pena no regime aberto, conforme prevê o art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.” (Evento 2, fls. 10/13) Sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sustenta: “Se existe a possibilidade da fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena no caso de crime de tráfico de entorpecentes, também pode haver a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. É uma decorrência lógica e é o que demonstra os seguintes precedentes do STF: (…) Compulsando os autos, constata-se que o paciente apresenta quase todas as circunstâncias judicias do art. 59 do Código Penal a seu favor e não ostenta o estigma da reincidência. Dessa feita, levando em conta o quantitativo da reprimenda (03 anos e 06 meses) e o preconizado no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP, outra alternativa não resta a não ser a fixação do regime prisional aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. De forma concomitante, acolhida essa tese defensiva, é salutar que seja avaliada a possibilidade da substituição da pena privativa de HC 117044 liberdade por restritiva de direitos, o que consubstanciaria a medida de maior justiça para o presente caso.” (Evento 2, fls. 13/18) Conclui: “Ante todo o exposto, em razão de inexistir motivação calcada em dados concretos, a DPU entende que restou configurado constrangimento ilegal e solicita a concessão da presente ORDEM DE HABEAS CORPUS para reformar o acórdão do STJ, no que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena e à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.” (Evento 2, fl. 18) 7. Este o teor dos pedidos: “Ante todo o exposto, requer: a) a distribuição do presente habeas corpus a um dos eminentes Ministros desse Tribunal; b) a concessão da tutela provisória nos termos acima expostos; c) os informes da autoridade coatora; d) a manifestação do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República; e) no mérito, a concessão da presente ORDEM DE HABEAS CORPUS, para permitir que o início do cumprimento da pena do ora paciente ocorra no regime aberto, em vista da presença da maioria das circunstâncias judiciais a seu favor, assim como substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; f) a intimação pessoal do Excelentíssimo Defensor Público-Geral Federal para acompanhar o julgamento do presente remédio heroico.” (Evento 2, fl. 20) 8. Em 22.3.2013, indeferi a liminar, requisitei informações e determinei que se colhesse a manifestação da Procuradoria-Geral da República (Evento 15). HC 117044 9. Prestadas as informações (Evento 5), opina a Procuradoria-Geral da República pela denegação da ordem (Evento 22). É o relatório.  
A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora): 1. Razão jurídica não assiste à Impetrante. 2. Conforme relatado, pretende a Impetrante a fixação de regime inicial mais benéfico de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao Paciente pela prática do delito de tráfico de drogas. Pede, ainda, lhe seja deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 3. Este Supremo Tribunal Federal assentou ser inconstitucional a imposição do regime obrigatoriamente fechado para o início do cumprimento da pena em se tratando de tráfico de drogas. Nesse sentido, o HC 111.840, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 27.6.2012, ainda pendente de publicação. Entretanto, as circunstâncias específicas do caso podem conduzir o juiz a impor ao condenado regime mais severo que o autorizado pela quantidade de pena aplicada. 4. Na espécie presente, a fixação, nas instâncias ordinárias, do regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao Paciente, está devidamente motivada em circunstâncias específicas do caso concreto. Consta da sentença de 1ª instância, mantida, no ponto, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “A pena de reclusão deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado, à luz do disposto no § 1º do artigo 2º da Lei n. HC 117044 8.072/90 com a redação que lhe deu a Lei nº 11 .464/07, até porque, mesmo que assim não fosse, se apresenta inapropriado se fixar desde logo o regime inicial aberto ao réu, eis que este é parceiro nas ilicitudes e amante da ré Sílvia, a qual foi condenada por tráfico de drogas e apresentava-se, na ocasião da reiteração da conduta, foragida da Justiça, havendo risco concreto de que seu parceiro haja de forma idêntica, ou seja, retorne à Bolívia e reitere na conduta, até porque reside na Bolívia (fl. 165).” (Evento 3, fls. 27/28 – grifos nossos) 5. Em caso análogo, decidi: “HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS: SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. NÃO ATENDIDO O REQUISITO SUBJETIVO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. 1. Pelo que se tem na inicial da impetração no Superior Tribunal de Justiça e no julgado objeto deste habeas corpus, não foram submetidas à Quinta Turma desse Superior Tribunal as questões referentes ao patamar da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e à eventual possibilidade de substituição da pena. Impossibilidade de conhecimento desta impetração nessa parte, sob pena de contrariedade à repartição constitucional de competências e indevida supressão de instância. 2. Reconhecida a possibilidade de fixação de regime inicial diverso do fechado, a autoridade apontada como coatora o manteve e assentou não estar atendido o requisito subjetivo previsto no art. 33 do Código Penal, consideradas a natureza do entorpecente, a habitualidade criminosa do Paciente e as circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inexistência de constrangimento ilegal. 3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, ordem denegada.” (HC 113.880, de minha relatoria, DJ 17.12.2012 – grifos nossos) 6. O regime definido nas instâncias ordinárias e confirmado no HC 117044 Superior Tribunal de Justiça está devidamente justificado, não destoando da orientação deste Supremo Tribunal. 7. Quanto à impossibilidade, no caso, de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a decisão das instâncias ordinárias também está suficientemente fundamentada. Expôs-se na sentença, também confirmada, no ponto, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com fundamento nos artigos 33, § 4º e 44 da Lei nº 11.343/2006, acrescido dos motivos já acima elencados quando da análise do regime inicial do cumprimento de pena.” (Evento 3, fl. 28) A par da menção aos artigos 33, § 4º, e 44 da Lei n. 11.343/2006, o que, por si só, conforme decidido pelo Plenário deste Supremo Tribunal no HC 97.256, Relator o Ministro Ayres Britto, DJ 16.12.2010, não seria suficiente para a negativa de conversão, o julgado refere-se às circunstâncias concretas declinadas na fixação do regime inicial de cumprimento da pena para negar o benefício ao Paciente. Presente, assim, motivação idônea para o indeferimento da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não sendo cabível a reapreciação, em sede de habeas corpus, de sua pertinência, sob pena de reexame de matéria de fato. Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal: “Habeas corpus. Direito Penal e Processual Penal. Tráfico de entorpecentes privilegiado. Pretensão à redução da pena no patamar máximo legalmente admissível. Dosimetria. O reexame da dosimetria implicaria a análise de prova, vedada na via processual eleita. Precedentes. Alteração do regime prisional estabelecido e negativa de HC 117044 substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inadmissibilidade diante das condições subjetivas do paciente, devidamente justificadas pelas instâncias ordinárias. Impossibilidade de revisão da matéria na via eleita. Ordem denegada. 1. O habeas corpus não é a via adequada para a análise de pedido de mitigação da pena quando sua fixação tiver apoio nas circunstâncias constantes do § 4º do art. 33 e do art. 42, ambos da Lei nº 11.343/06. 2. A dosimetria levada a efeito na instância ordinária não apenas atendeu aos requisitos legais, como também respeitou o princípio da individualização da pena. O Tribunal a quo analisou as circunstâncias previstas no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e estabeleceu a mitigação da pena aplicada ao paciente fundamentando-se nas circunstâncias indicadas no art. 42 do mesmo diploma legal. 3. Relativamente ao crime de tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), foi recentemente afastada pelo Plenário desta Suprema Corte, no HC nº 97.256/RS (Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 16/12/10), a vedação contida no art. 44 da Lei de Tóxicos, com declaração incidental de inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 4. É possível ao magistrado, na apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a manter a pena privativa de liberdade, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do art. 44, c/c o art. 59, do Código Penal, não cabendo, na via mandamental, a revisão desses fundamentos. 5. Writ denegado.” (HC 111.734, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ 30.5.2012 – grifos nossos) Veja-se, ainda, o RHC 114590, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 1º.2.2013, e o HC 112.821, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ 11.10.2012, dentre outros precedentes. 8. Essas constatações demonstram presentes fundamentos idôneos do regime imposto ao Paciente para início de cumprimento da pena e da negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. HC 117044 9. Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de denegar a ordem. SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA HABEAS CORPUS 117.044 PROCED. : RONDÔNIA RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA PACTE.(S) : HERLAN CAUMOL OLIVA IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki. 2ª Turma, 13.08.2013. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki. Subprocurador-Geral Vieira Sanseverino. da República, Dr. Francisco de Assis Ravena Siqueira Secretária Substituta