A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Almir Campos Pinto Júnior contra decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos do HC 179.908/MS, denegou a ordem pleiteada. O magistrado de primeiro grau condenou o paciente à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado pela prática do crime tipificado no art. 33, caput e § 4º, da Lei 11.343/06 . Em sede de apelação criminal, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, deu parcial provimento ao recurso defensivo, para diminuir a reprimenda corporal para 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão. Naquela oportunidade, a Corte estadual indeferiu o pedido de fixação do regime aberto de cumprimento da pena. Inconformada, a Defesa impetrou o HC 179.908/MS perante o Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de aplicar a causa especial de diminuição da pena no patamar máximo (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06). Todavia, a ordem foi denegada. No presente writ, insiste a Impetrante na aplicação da minorante prevista no redutor máximo de 2/3 (dois terços), na forma do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como na fixação do regime inicial aberto e na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Requer a concessão de medida liminar, para a obtenção do regime aberto de cumprimento da pena. No mérito, com o reconhecimento da causa de diminuição da pena em seu patamar máximo, pugna pela HC 114580 fixação do regime aberto ou semiaberto e a substituição da reprimenda por restritiva de direitos. Indeferi o pedido liminar em 17.8.2012, oportunidade em que solicitei informações ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS acerca da atual situação do paciente Almir Campos Pinto Júnior, especificamente se a pena já foi, ou não, cumprida integralmente. O Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Corumbá/MS, prestou as seguintes informações: “(...) Inicialmente, esclareço que o paciente foi condenado a pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão em regime fechado como incurso nas penas dos artigos 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Em apelação criminal n. 2010.018345-3 da Primeira Turma Criminal do TJMS, a pena imposta ao sentenciado foi reduzida pela metade, ante a majoração do patamar da benesse do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, restando redefinida em 2 anos e 6 meses, já que a pena base foi fixada em 5 anos, constando um pequeno erro material no cálculo da redução na fundamentação do acórdão. Após manifestação do Parquet, o Magistrado Titular da época decidiu que mero reconhecimento da causa de diminuição previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não tem o condão de afastar a hediondez do delito, tendo ainda indeferido os requerimentos da defesa para que a fração utilizada para progressão fosse de 1/6, bem como para progressão de regime. Contra esta decisão foi impetrada habeas corpus n. 2011.009372-4. Em 03.05.2011, o sentenciado Almir de Campos Pinto Júnior foi beneficiado com progressão da pena ao regime semiaberto, tendo registrado fuga no dia 29.06.2011, sendo recapturado no dia 21.07.2011, e outra fuga no dia 13.12.2011, quando foi preso em flagrante por novo delito (autos 00149613.2011.8.12.0008 da 2ª Vara Criminal desta Comarca), tendo HC 114580 sido colocada em liberdade sete dias depois. O sentenciado encontra-se evadido do regime semiaberto desde 13.12.2011, restando cumprir 3 meses e 10 dias de sua pena. Desta forma, denota-se que houve o regular trâmite do feito, não havendo falar em constrangimento ilegal.” O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opina pela concessão da ordem. É o relatório.  
A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): O presente habeas corpus foi impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgamento do HC 179.908/MS. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário (art. 102, II, a). Presente a dicção constitucional, incabível a utilização de novo habeas corpus, em caráter substitutivo. Esta Primeira Turma assentou tal entendimento, em 08.8.2012, ao julgar o HC 109.956/PR (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. Rel. Min. Marco Aurélio, por maioria, DJe 11.9.2012), tendo a discussão se iniciado no HC 108.715/RJ, cujo julgamento ainda não foi finalizado. Ora, o habeas corpus constitui garantia fundamental prevista na Constituição da República para a tutela da liberdade de locomoção - ir, vir e permanecer -, contra prisão ou ameaça de prisão ilegal ou abusiva (art. 5º, LXVIII). Sua origem perde-se no tempo. Na Inglaterra, o seu berço histórico, afirma-se que é mais antigo que a própria Magna Carta de 1215 (LEVY, Leonard W. Origins of the Bill of Rights. New Haven and London: Yale University Press, p. 44). Originariamente, era utilizado pelos Tribunais para determinar a apresentação de alguém, um prisioneiro, à Corte, para literalmente "ter o corpo" em Juízo, e não constituía um instrumento destinado HC 114580 necessariamente à salvaguarda da liberdade. Ilustrativamente, em 1554, a Queen's Bench utilizou dois habeas corpus para trazer a julgamento diversas pessoas envolvidas em rebelião, sendo identificadas nos writs notas de que os rebeldes deveriam ser enforcados (HALLIDAY, Paul D. Habeas Corpus: From England to Empire. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 29). Com o tempo, porém, as Cortes inglesas, especialmente a King's Bench, começaram a utilizar o habeas corpus para avaliar a causa da prisão, liberando o preso quando reputavam a medida ilegal ou abusiva. Foi o habeas corpus o veículo para a afirmação progressiva das liberdades públicas inglesas, uma vez utilizado como instrumento contra prisões decorrentes de perseguições religiosas e políticas. Entre o rico histórico de casos, destaco apenas dois para não ser cansativa. James Somerset obteve, por meio de habeas corpus impetrado em 1771, a libertação pela King's Bench da condição de escravo por haver sido deportado da Inglaterra pelo seu proprietário sem seu consentimento (HALLIDAY, Paul D. op.cit., p. 174-175). No Buschel's Case, de 1670, o habeas corpus foi concedido pela Court of Common Pleas para libertar jurados presos por ordem do Juiz Presidente do Júri fundada na compreensão deste de que eles haviam proferido um veredicto contrário à prova dos autos. O Buschel's Case confunde-se com o próprio nascimento do princípio da soberania dos veredictos (HALLIDAY, Paul D. op.cit., p. 235-236, e LEVY, Leonard W. op.cit., p. 52-53). Embora o habeas corpus constitua remédio criado pela common law, o seu prestígio ensejou-lhe posterior consagração legislativa, especialmente, no âmbito inglês, com o Habeas Corpus Act, de 1679, e, no âmbito norteamericano, com o artigo I, seção 9, da Constituição norte-americana de 1787, ainda antes da adoção das dez primeiras emendas de 1791. Interessante nesse breve relato é que, a despeito da importância histórica do instituto, confundido com a própria essência da liberdade, não foi e não é o habeas corpus utilizado, no Direito anglo-saxão, senão diretamente contra uma prisão, decretada em processo criminal ou não (v.g. KAMISAR, Yale e outros. Modern Criminal Procedures: Cases, HC 114580 Comments, Questions. 10. ed. St. Paul: West Group, 2002, p. 1.585-628; TRECHSEL, Stefan. Human Rights in Criminal Proceedings. Oxford University Press, 2005, p. 462-495; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Habeas Corpus: críticas e perspectivas. 3. ed. Curitiba, Juruá, 2009, p. 165-81). Jamais se cogitou de sua utilização como um substitutivo de recurso no processo penal. Também em Portugal, onde o habeas corpus foi adotado apenas no século XX (Decreto-lei nº 35.043, de 20.10.1945), constitui ação destinada apenas à impugnação de uma prisão. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça português, "a providência de habeas corpus destina-se tãosó a controlar a legalidade da prisão no momento em que se decide, tendo como finalidade verificar a legalidade das prisões a que os cidadãos estão sujeitos, nela não se incluindo a verificação de qualquer ilegalidade que possa ter sido cometida no processo, seja criminal ou disciplinar, nem qualquer medida contra os responsáveis por tais ilegalidades" (Acórdão de 26.04.1989, processo 10/89, BMJ 386, p. 422 - apud GUIMARÃES, Isaac Sabbá. op.cit. , p. 228-229). No Brasil, o habeas corpus tem igualmente rica história, contada em diversas obras, entre as quais a famosa de Pontes de Miranda (História e prática do habeas corpus, primeira edição de 1916). É certo que, no período colonial, não eram totalmente inexistentes remédios jurídicos para a proteção da liberdade, entre eles as assim denominadas "cartas de seguro" (por todos, STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. A tutela da liberdade pessoal antes da instituição formal do habeas corpus no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (org.) Doutrinas essenciais: Direitos Humanos: Instrumentos e garantias de proteção. São Paulo: RT, 2011, v. 5, p. 799-51), mas somente com o habeas corpus a liberdade passou a ser assegurada por um remédio pronto, fácil e efetivo. Devido ao prestígio das instituições inglesas, o writ foi adotado, entre nós ainda no período imperial. O Código Criminal de 1830 a ele já faz referência nos arts. 183 a 188. Seu regramento,contudo, veio com o Código de Processo Criminal de 1832 ("art. 340. Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu HC 114580 favor"). Ainda no Império ampliou-se o cabimento do habeas corpus, que passou a ser admitido, com a promulgação da Lei nº 2.033, de 1871, também contra a ameaça de prisão (art. 18, §1º: “Tem lugar o pedido e concessão da ordem de habeas-corpus ainda quando o impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal, mas se veja delle ameaçado"). Já na primeira Constituição Republicana, de 1891, o habeas corpus foi constitucionalizado. E o silêncio do art. 72, § 22 quanto ao objetivo de tutela apenas da liberdade de locomoção propiciou o desenvolvimento da "Doutrina brasileira do habeas corpus", que levou o writ, na ausência de outras ações constitucionais, a ser utilizado para a salvaguarda de outras liberdades que não a de locomoção, caso, v.g., do Habeas Corpus 3.536, em que concedida ordem, em 05.6.1914, por este Supremo Tribunal Federal, para garantir o direito do então Senador Ruy Barbosa a publicar os seus discursos proferidos no Senado, pela imprensa, onde, como e quando lhe convier . A memorável construção - a maior criação jurisprudencial brasileira, nos dizeres da historiadora Leda Boechat Rodrigues (História do Supremo Tribunal Federal: 1910-1926: doutrina brasileira do habeas corpus. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991, vol. 3, p. 17)-, chegou, contudo, ao fim em 1926, com a reforma constitucional promovida pelo Presidente Artur Bernardes, que, mediante alteração do mencionado art. 72 da Constituição de 1891, limitou o emprego do habeas corpus à tutela da liberdade de locomoção. Desde então o habeas foi contemplado em todas as Constituições republicanas, de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, para a tutela da liberdade de locomoção contra violência ou coação ilegal ou abusiva. Todo esse rico histórico evidencia o caráter nobre da ação constitucional do habeas corpus, garantia fundamental que, se não pode ser amesquinhada, também não é passível de vulgarização. No dizer de Pontes de Miranda, "onde não há remédio do rito do habeas corpus, não há, não pode haver garantia segura da liberdade física" (História e prática do Habeas Corpus. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2007, vol. I, p. 160-161). Assim, é o habeas corpus uma garantia da liberdade de locomoção ir, vir e permanecer -, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, HC 114580 uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física. Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ("Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros") revela atingida naquela data a marca de duzentos mil habeas corpus impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 habeas corpus, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo ano (de 38.109). Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do habeas corpus. Embora restrito seu cabimento, segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão. A pauta, aliás, desta Primeira Turma, com mais de uma centena de habeas corpus sobre os mais variados temas, poucos relacionados à impugnação da prisão ou efetiva ameaça de, é ilustrativa do desvirtuamento do habeas corpus. O desvirtuamento do habeas corpus também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De nada adianta a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o habeas corpus. A par de notório que a possibilidade de recorrer contra toda e qualquer decisão interlocutória é fatal para a duração razoável do processo também assegurada constitucionalmente, há verdadeira avalanche de habeas corpus a submeterem a mesma questão, sucessiva e até concomitantemente, a diferentes tribunais. O desvirtuamento do habeas corpus tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípuas quer do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal quer HC 114580 desta Suprema Corte - a guarda da Constituição. A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de assegurar a razoável duração do processo comandada no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal. No caso do recurso ordinário contra a denegação do writ por Tribunal Superior, o uso do habeas corpus em substituição é ainda mais grave, considerada a expressa previsão do recurso constante do texto constitucional (art. 102, II, a, da Constituição Federal). Admitir o habes corpus como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes. Em síntese, o habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição. Como foi o que ocorreu no presente caso, voto por afirmar a inadequação do habeas corpus e por sua consequente extinção sem resolução do mérito. II. Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que se impõe, quanto aos habeas corpus já impetrados, o exame da questão de fundo, uma vez, em tese, possível a concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade. No presente writ, insiste a Impetrante na aplicação da minorante prevista no redutor máximo de 2/3 (dois terços), na forma do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como na fixação do regime inicial aberto ou semiaberto e na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva HC 114580 de direitos. Em face das informações prestadas pelo Juízo de primeiro grau, subsiste o interesse da Defesa quanto aos pedidos formulados, considerando o restante da pena a ser cumprida e tendo em vista o disposto no art. 118, I, da Lei 7.210/1984 (“Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;”). A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores apenas em eventuais casos de discrepâncias gritantes e arbitrárias. Não se presta ainda o habeas corpus, por não permitir ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático probatório que levou à fixação das penas. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Para verificar a sua aplicabilidade ao caso concreto, deve o juiz considerar todos os elementos constantes nos autos. Reputando-a pertinente, cabe-lhe definir o grau de redução apropriado para a pena, considerando as circunstâncias do caso concreto e conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. A quantidade e a espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, constituem elementos que podem ser validamente valorados no dimensionamento do benefício previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Não se trata de bis in idem, ainda que tais elementos já tenham sido considerados no dimensionamento da pena-base na condição de HC 114580 circunstâncias do crime. Afinal, não se trata de considerá-los, por eles próprios, como negativos para fins de aferição do benefício, mas somente como, já adiantado, indicativos do grau de envolvimento do agente no tráfico de drogas e que é exatamente do que trata o §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, devendo a diminuição em questão ser dimensionada segundo ele seja maior ou menor. Nessa perspectiva, a quantidade e a variedade de entorpecentes são fatores, a toda evidência, de relevante consideração. Cabe às instâncias inferiores decidir sobre a aplicação ou não do benefício e, se aplicável, a fração pertinente, não se mostrando hábil o habeas corpus para revisão, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade. No caso presente, além da inadequação do writ para rever as posições das instâncias anteriores, verifico fundamentos idôneos para não se aplicar o benefício do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, suficientemente fundamentada a aplicação do redutor em metade diante da quantidade de substância entorpecente apreendida (292 g de cocaína). No caso, a dosimetria e o regime de cumprimento da pena foram assim analisados no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Quanto ao pedido de para que a benesse do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 seja fixada no patamar máximo de 2/3, a modificação para o regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do art. 42 da Lei de Drogas, verifico que foi apreendido em poder do recorrente 292 g de cocaína, entretanto, trata-se de droga que é vendida por grama, atingindo um maior número de usuários, razão pela qual, hei por bem reduzir a pena do apelante pela metade, perfazendo um total de 02 anos e 01 mês de reclusão e ao pagamento de 208 dias multa. Quanto ao pedido para fixação do regime aberto, de acordo com o art. 2º da Lei 8.072/90, o tráfico ilícito de entorpecentes é considerado crime hediondo por equiparação, devendo o início de seu cumprimento ocorrer no inicialmente HC 114580 fechado." Desse entendimento não dissentiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme fundamentos exarados pela Ministra Relatora do acórdão: “De início, 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 aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 em 1/2 (metade), em razão da grande quantidade de substância entorpecente apreendida - 292 g (duzentos e noventa e dois gramas) de cocaína. 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.’ Assim, concretamente fundamentado o quantum de diminuição referente à causa especial prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, 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 augusta do habeas corpus : (...) No mais, 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 HC 114580 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) Assim, 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 nº 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos. Mister 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 do supra mencionado HC n.º 97.256. Confirase: ‘O Senado Federal resolve: HC 114580 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. ‘ Dessarte, reconhecida a possibilidade de substituição da pena por medidas restritivas de direitos, fica afastada a exigência de fixação do regime fechado para os condenados por tráfico de drogas previsto na Lei nº 11.343/06. Cabe ao Juiz, para estabelecer o regime prisional, avaliar o disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal. Na hipótese vertente, contudo, tenho que o regime aberto não satisfaz a resposta penal. É que foram apreendidos 292 g (duzentos e noventa e dois gramas) de cocaína, quantidade que não só impede o regime menos gravoso, mas, antes de mais nada, recomenda regime mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta. Mais uma vez, não há como fugir da incidência do art. 42 da Lei nº 11.343/2006 já mencionado. (...) Ante o exposto, denego a ordem, devendo o paciente ser mantido no regime em que se encontra. É como voto.” De fato, a quantidade de entorpecente encontrado com o paciente (quase trezentos gramas de cocaína), embora não seja extremamente vultosa, tampouco pode ser considerada pequena, o que, aliado à natureza da droga – extremamente viciante – são indicativos do maior envolvimento do agente no mundo das drogas e constituem elementos que podem ser validamente valorados para dimensionar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e para impor o regime inicial fechado para o cumprimento da pena. No que tange ao pedido de substituição da pena por restritiva de HC 114580 direitos, verifico que não houve manifestação quanto ao tema nem pelo Tribunal de Apelação nem pela Corte Superior de Justiça, a impossibilitar seu exame neste momento, sob pena de supressão de instância com afronta às normas constitucionais de competência. Além disso, nada impede que o pedido de substituição da reprimenda corporal seja formulado perante o Juízo da Execução, consoante artigo 66, V, “c”, da Lei 7.210/1984 (Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...)V – determinar (...)c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos). Assim, não vislumbro arbitrariedade ou ilegalidade nas opções realizadas pelas instâncias anteriores. Ainda, portanto, que o presente habeas corpus fosse julgado no mérito, seria denegado, não tendo lugar a concessão da ordem de ofício. III. Ante o exposto, voto pela extinção do habeas corpus por sua inadequação como substitutivo de recurso. É como voto.