



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.632 - SP (2011/0040587-5)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : DIOGO CÉSAR PERINO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLODOALDO AMÉRICO DA COSTA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PATAMAR CONCEDIDO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DENTRO DA RAZOABILIDADE. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. As Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicá-la dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância a natureza, a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

4. No caso concreto, as instâncias ordinárias sopesaram os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, inculpada no estatuto de repressão às drogas, aplicando-a de forma razoável e proporcional, atendendo aos fins da reprimenda, bem como aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

5. Restando indemonstrado, de plano, fato diverso, que fragilize o *decisum* condenatório, não prospera o pleito de realizar, por meio de *writ*, o revolvimento do conjunto fático-probatório que lastreou o fundamento ora atacado.

6. O reconhecimento da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas apenas altera o *quantum* da pena aplicada, mas não a natureza hedionda do delito praticado.

7. Afastado o óbice trazido pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade deste dispositivo, realizada pela E. Suprema Corte, não há que se falar em impedimento à concessão de regime inicial diverso do fechado para o delito em tela, de modo que, em razão disto, cabe ao juízo de piso sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento do adequado regime de cumprimento da pena.

8. O Senado Federal, por meio da Resolução n.º 5/12, retirou a vedação contida no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que observados os requisitos do art. 44 do Código Penal.

9. O mesmo não ocorre com a possibilidade de *sursis*, expressamente vedada pelo art. 44 da Lei Antidrogas. Além disso, a pena imposta ao paciente é superior a 2 anos, o que, por si só, já seria suficiente para obstaculizar este benefício.

10. *Habeas corpus* não conhecido por ser substitutivo de especial. Ordem concedida, de ofício, para que o juízo da execução, excluídas as regras que estipulavam o regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, bem como a impossibilidade da substituição por restritivas de direitos, analise a possibilidade de concessão desses benefícios, atendendo aos requisitos previstos no Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do pedido e em conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.
Brasília (DF), 25 de junho de 2013(Data do Julgamento)

Ministro Campos Marques
(Desembargador Convocado do TJ/PR)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.632 - SP (2011/0040587-5)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : DIOGO CÉSAR PERINO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLODOALDO AMÉRICO DA COSTA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de CLODOALDO AMÉRICO DA COSTA, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo manejado pela defesa, mantendo a pena fixada em 3(três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, além de ter deixado de aplicar a fração redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços).

Sustenta o impetrante, em síntese, que preenche os requisitos para aplicação da causa especial de diminuição de reprimenda em seu patamar máximo, com consequentemente a concessão de regime inicial menos rigoroso, da substituição e de suspensão condicional da sanção.

Por isso, vem postular a concessão da ordem, para que seja redimensionada a pena, aplicando-se a minorante prevista no citado dispositivo legal em seu patamar máximo, e que também seja afastada a natureza hedionda do delito perpetrado, autorizando a concessão dos benefícios pleiteados.

A liminar foi indeferida pelo então relator, Exmo. Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ) (fls. 47/48-STJ).

Informações prestadas (fls. 57/80-STJ).

Em seu parecer, opinou o Ministério Público Federal pela concessão parcial da ordem (fls. 84/89-STJ).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.632 - SP (2011/0040587-5)

RELATOR : **MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**
IMPETRANTE : **DIOGO CÉSAR PERINO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CLODOALDO AMÉRICO DA COSTA**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PATAMAR CONCEDIDO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DENTRO DA RAZOABILIDADE. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. As Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à causa especial de diminuição da pena, deve aplicá-la dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância a natureza, a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

4. No caso concreto, as instâncias ordinárias sopesaram os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, insculpida no estatuto de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repressão às drogas, aplicando-a de forma razoável e proporcional, atendendo aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

5. Restando indemonstrado, de plano, fato diverso, que fragilize o *decisum* condenatório, não prospera o pleito de realizar, por meio de *writ*, o revolvimento do conjunto fático-probatório que lastreou o fundamento ora atacado.

6. O reconhecimento da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas apenas altera o *quantum* da pena aplicada, mas não a natureza hedionda do delito praticado.

7. Afastado o óbice trazido pelo art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em razão da declaração incidental de inconstitucionalidade deste dispositivo, realizada pela E. Suprema Corte, não há que se falar em impedimento à concessão de regime inicial diverso do fechado para o delito em tela, de modo que, em razão disto, cabe ao juízo de piso sopesar as demais exigências legais para o estabelecimento do adequado regime de cumprimento da pena.

8. O Senado Federal, por meio da Resolução n.º 5/12, retirou a vedação contida no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que observados os requisitos do art. 44 do Código Penal.

9. O mesmo não ocorre com a possibilidade de *sursis*, expressamente vedada pelo art. 44 da Lei Antidrogas. Além disso, a pena imposta ao paciente é superior a 2 anos, o que, por si só, já seria suficiente para obstaculizar este benefício.

10. *Habeas corpus* não conhecido por ser substitutivo de especial. Ordem concedida, de ofício, para que o juízo da execução, excluídas as regras que estipulavam o regime fechado para o início do cumprimento da pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, bem como a impossibilidade da substituição por restritivas de direitos, analise a possibilidade de concessão desses benefícios, atendendo aos requisitos previstos no Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.632 - SP (2011/0040587-5)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : DIOGO CÉSAR PERINO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLODOALDO AMÉRICO DA COSTA

VOTO

O SENHOR MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR) (Relator):

Inicialmente, é importante destacar que o *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, restringindo-se às hipóteses de ilegalidade evidente e incontroversa, relativas a matéria de direito, cuja constatação não dependa de qualquer análise probatória.

Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Essa orientação foi aplicada pela Primeira Turma da Corte Suprema, no julgamento do HC nº 109.956/PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e do HC nº 114.550/AC, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Destaco, ainda, o HC nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se 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 precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado.

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE. TESES NÃO ALEGADAS NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.

2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória, sendo de rigor a observância do devido processo legal,

3. Hipótese em que as teses arguidas sequer foram objeto da apelação, razão pela qual não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que impede seu exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 131970, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgamento realizado em 28/8/12, DJe 5/9/12)

Contudo, a fim de evitar maiores prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado, para exame da possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

E, neste aspecto, cumpre anotar que o Supremo Tribunal Federal tem assentado o entendimento de que, quando presentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, dispõe o magistrado de plena liberdade para fixar o *quantum* adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto, de modo que, conclusão diversa demandaria incursão no acervo fático e probatório dos autos, inviável na via do *habeas corpus*.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente do Pretório Excelso:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. 1. (...)2. **Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Cabe às instâncias anteriores 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.** 3. Concretizada a pena em patamar superior a quatro anos, inviável a substituição das penas e a imposição do regime inicial aberto, conforme os parâmetros objetivos insertos nos artigos 44, I, e 33, § 2º, c, do Código Penal. 4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. Ordem Concedida de ofício tão somente para determinar complementação do julgamento da apelação.*

(RHC 116111, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 13-05-2013 PUBLIC 14-05-2013)

Esta é, também, a posição adotada por esta Corte, conforme se observa na decisão adiante:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. 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 1/6 (UM SEXTO). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO. CONCESSÃO, PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. PERDA DO INTERESSE PROCESSUAL. PREJUDICIALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PREJUDICADA, EM PARTE E, NO MAIS, DENEGADA. (...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. 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 pena pela causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

4. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a diversidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como a não aplicação do redutor no grau máximo (2/3).

5. 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.

(...)

9. Ordem de Habeas corpus parcialmente prejudicada e, no mais, denegada.

(HC 223.569/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 25/04/2013 - grifos acrescentados)

O magistrado singular, no que foi secundado pelo Colegiado de segundo grau, aplicou a respectiva redução, na fração de 1/3 (um terço), levando em conta, de um lado, a primariedade e os bons antecedentes, além do fato de não ter sido comprovada a dedicação a atividades delitivas ou ser o paciente integrante de organização criminosa, porém, de outro lado, considerou a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos (1.518 gramas de cocaína e 1.893,13 gramas de maconha e 7 pedras de crack) para não aplicar a fração em seu patamar mais elevado.

Esta, aliás, é a posição adotada por esta Corte, consoante se constata adiante:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. PLEITO PREJUDICADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. QUANTIDADE DA DROGA. ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

3. Devidamente fundamentada a dosimetria, no tocante, especificamente, à causa especial de diminuição, notadamente pela quantidade da droga - 1.280 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.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo a reprimenda final alcançado de reclusão e 4 anos e 2 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 245.273/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013)

Com relação ao caráter hediondo deste delito - o tráfico com a privilegiante acima -, destaco que a discussão a este respeito foi decidida pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em procedimento de uniformização jurisprudencial, na sistemática do chamados recursos repetitivos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no julgamento do REsp 1.329.088/RS, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, em acórdão que restou assim ementado:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO. REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/1990. OBRIGATORIEDADE.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.

(...)

3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando restabelecida a decisão do Juízo da Execução." (grifos acrescentados)

Nestas condições, a incidência da mencionada causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, altera, apenas, o *quantum* da pena fixada, não interferindo na natureza do crime, de modo que não está, pois, descaracterizada a equiparação feita pela Constituição Federal (art. 5º, XLIII), deste delito aos crimes hediondos.

Em outro aspecto, no que diz respeito à fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27.6.2012, julgando o *Habeas Corpus* 111.840/ES – acórdão pendente de publicação –, declarou, incidentalmente, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/2007.

Esta Corte Superior segue, igualmente, a mesma posição, de modo que o estabelecimento do regime deve seguir o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, além de ter em conta a regra prevista no art. 42 da citada Lei nº 11.343/06.

Em conformidade:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IDENTIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CRITÉRIOS DOS §§ 2º E 3º DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL E DO ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS. 2. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. NÃO CABIMENTO. DIVERSIDADE E CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ELEVADO PODER LESIVO DAS SUBSTÂNCIAS. ADEQUAÇÃO E RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO NO CASO CONCRETO. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Habeas Corpus n. 111.840/ES, declarou incidentalmente e por maioria de votos, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Desta forma, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal e ainda do art. 42 da Lei de Tóxicos.

2. In casu, apesar de ter sido aplicada pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, haja vista a diversidade, quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas em poder da paciente - "foram apreendidos dois torrões de maconha, pesando 23,5 g; uma pedra de crack, pesando 49 g; 33 pedras de crack envoltas em pacotinhos de plástico, pesando 10,7g" -, verifica-se que esses fatores não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recomendam a aplicação do regime inicial mais brando, mostrando-se, assim, razoável e adequada a incidência do regime intermediário.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 257.971/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 11/03/2013 - grifos acrescentados)

Como a sanção definitiva restou fixada em 3(três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e afastado o óbice que impedia o cumprimento em regime menos gravoso, cabe ao magistrado singular avaliar as circunstâncias necessárias ao estabelecimento do adequado regime inicial para o cumprimento da pena.

O mesmo raciocínio se aplica à substituição, pois, devido aos termos da Resolução nº 5/2012, do Senado Federal, após o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo impeditivo do gozo do benefício, cabe ao juízo de piso, se for o caso, verificar o cabimento da medida.

Neste mesmo sentido:

HABEAS CORPUS . PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS APLICADA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

(...)

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, pela resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar se o condenado preenche ou não os requisitos para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obtenção da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

4. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação, determinar que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e do regime aberto de cumprimento de pena.

(HC 266.272/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013 - grifo acrescentado)

Por fim, no que se refere à concessão de *sursis*, a postulação esbarra no impedimento observado no art. 77 do Código Penal, já que a reprimenda é superior a 2 (dois) anos de reclusão.

Ante o exposto, não conheço do *writ*, mas concedo *habeas corpus* de ofício, para, mantida a condenação e afastada a regra prevista no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, determinar que o juízo da execução, baseado nos dispositivos pertinentes à espécie, estabeleça o adequado regime da pena e, se for o caso, a substituição por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0040587-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 198.632 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3295630

8512009

990102548724

EM MESA

JULGADO: 25/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIOGO CÉSAR PERINO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CLODOALDO AMÉRICO DA COSTA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.