



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.255 - SP (2012/0090277-5)

RELATOR : **MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDIVANDO LUIZ MOREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PATAMAR CONCEDIDO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DENTRO DA RAZOABILIDADE. POSTULAÇÃO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INAPLICABILIDADE. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO PELA VIA ELEITA. 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 aplicar a minorante 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, o Tribunal *a quo* ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, insculpida no estatuto de repressão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

às drogas, teve em conta a quantidade da droga, de modo que aplicou-a de forma razoável e proporcional, atendendo aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

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

6. O STF, a partir de 27.6.12, passou a admitir a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, considerando o total da pena estabelecida não excedente a oito anos, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e inocorrência da reincidência, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, alterada pela Lei n.º 11.464/07, com efeito *ex nunc*.

7. Este Sodalício orienta que, aos condenados por tráfico de entorpecentes, cuja a reprimenda final restou estabelecida em menos de quatro anos, mesmo assim, tendo em conta a natureza e a quantidade da droga, não há como alterar o regime prisional, fixado de maneira mais gravosa, ao menos através da via mandamental.

8. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.

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.

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

Brasília (DF), 04 de abril de 2013(Data do Julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.255 - SP (2012/0090277-5)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDIVANDO LUIZ MOREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR) (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de EDIVANDO LUIZ MOREIRA, condenado, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no qual impugna o ato do Tribunal de Justiça de São Paulo, que proveu o apelo defensivo, mas não aplicou a fração máxima da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 e inadmitiu a substituição das penas ou a fixação de regime diverso do fechado.

Sustenta, em breve síntese, que o acórdão atacado, ao fixar a pena não aplicou a causa especial de diminuição prevista no dispositivo legal acima, no patamar adequado, violando o consectário da proporcionalidade, além de alegar que ao determinar o fechado como regime inicial para o cumprimento da reprimenda, infringiu o pilar constitucional da individualização, e que, ante o princípio da razoabilidade, deve ser admitida a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Postula, em razão disso, que seja redimensionada a pena, aplicando-se a fração de 2/3 (dois terços) na 3ª fase, e que lhe seja concedido regime inicial aberto para o desconto da sanção, além da substituição da pena.

A liminar foi indeferida, às fls. 79/80-STJ, pelo então Relator, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).

Informações prestadas (fls. 89/109-STJ).

No seu parecer, o douto Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 113/116-STJ).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.255 - SP (2012/0090277-5)

RELATOR : **MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDIVANDO LUIZ MOREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PATAMAR CONCEDIDO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DENTRO DA RAZOABILIDADE. POSTULAÇÃO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INAPLICABILIDADE. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO PELA VIA ELEITA. 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 aplicar a minorante 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade dos entorpecentes apreendidos (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

4. No caso concreto, o Tribunal *a quo* ao aferir os elementos condicionantes para o estabelecimento do patamar da causa especial de diminuição de pena, insculpida no estatuto de repressão às drogas, teve em conta a quantidade da droga, de modo que aplicou-a de forma razoável e proporcional, atendendo aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

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

6. O STF, a partir de 27.6.12, passou a admitir a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, considerando o total da pena estabelecida não excedente a oito anos, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e inoccorrência da reincidência, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, alterada pela Lei nº 11.464/07, com efeito *ex nunc*.

7. Este Sodalício orienta que, aos condenados por tráfico de entorpecentes, cuja a reprimenda final restou estabelecida em menos de quatro anos, mesmo assim, tendo em conta a natureza e a quantidade da droga, não há como alterar o regime prisional, fixado de maneira mais gravosa, ao menos através da via mandamental.

8. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.255 - SP (2012/0090277-5)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDIVANDO LUIZ MOREIRA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR) (Relator):

De início, é importante destacar que o *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, sendo restrito às hipóteses de ilegalidade evidente, incontroversa, relativa a matéria de direito, cuja constatação independa 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

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)

No entanto, considerando que este remédio constitucional foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado por tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, vez que foi surpreendido, para fins de comercialização, na posse de 19 porções de maconha, 28 porções de *crack* e 4 porções cocaína.

Na vertente da Excelsa Corte, 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 aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância a natureza, a diversidade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, haja vista o disposto no art. 42 da mesma lei, objetivando atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

Confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida em poder do paciente - "cocaína" -, cuja lesividade é maior do que a de outras drogas, à exceção do crack.

...

3. Ordem denegada, ficando prejudicado o habeas corpus no tocante ao pleito de substituição da pena reclusiva por restritiva de direito.

(HC 220.867/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 24/09/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal *a quo* fundamentou no mesmo sentido da orientação dos Tribunais Superiores, ao invocar o art. 33, § 4º, da citada lei antitóxica, reconheceu a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena, diante da primariedade, bons antecedentes, além de não comprovada sua dedicação a atividades delituosas ou ser componente de organização criminosa, e assim, entendeu que o *quantum* fixado pelo primeiro grau era o adequado, pois aplicado dentro da razoabilidade e de forma proporcional (fl. 41-STJ), como, de fato, é, haja vista, particularmente, a quantidade de droga apreendida, 19 porções de maconha, 28 porções de *crack* e 4 porções cocaína.

Para análise do postulado da possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade, o Senado Federal, através da Resolução n.º 5/12, retirou a vedação contida no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, permitindo aos condenados por tráfico de entorpecentes a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, em consonância com o entendimento há muito adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como se vê:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS, APLICADA À RAZÃO DE 1/3 (UM TERÇO). REDUÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

...

3. A Resolução n.º 5/2012, do Senado Federal, suspendeu "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".

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, tão somente para determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, observada a Resolução n.º 5/2012, do Senado Federal.

(HC 228.623/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 18/02/2013)

No caso em exame, o paciente foi condenado ao mínimo legal, aplicando-se a causa especial de diminuição de pena em seu patamar intermediário, contudo ele não atende aos requisitos legais para a substituição da pena por restritivas de direito, em face da natureza e quantidade de entorpecentes que foram apreendidos (19 porções de maconha, 28 porções de *crack* e 4 porções cocaína), circunstância indicava que a substituição se mostra insuficiente para a reprovação e prevenção do crime, de acordo com o disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

Com a mesma compreensão, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. TRANSNACIONALIDADE DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 2. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. 3. ORDEM DENEGADA.

1. No caso, o regime mais rigoroso se mostra adequado, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos - diga-se, 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão -, considerando a natureza e a razoável quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do paciente (1.624 g de cocaína), as circunstâncias judiciais desfavoráveis que motivaram o aumento da pena-base em 1 (um) ano acima do piso legal e a transnacionalidade do crime.

2. O paciente já foi beneficiado pela aplicação indevida da causa especial de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) em sua fração máxima, vez que não fazia jus ao benefício.

3. inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor do que dispõe o art. 44, III, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 234.829/AC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 14/06/2012)

Quanto à modificação do regime prisional, a condenação partiu da pena-base mínima, restando a reprimenda inferior a quatro anos, e foi estipulado o regime inicial com base no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, sendo que, após tal condenação, a Excelsa Corte, ao julgar o HC 111.840/ES, declarou que o referido dispositivo é inconstitucional, estendendo seus efeito *ex nunc*.

Entretanto, não há como alterar o regime fixado através da via eleita, em razão da grande quantidade de entorpecentes que portavam, como já dito, 19 porções de maconha, 28 porções de *crack* e 4 porções cocaína.

Veja-se a propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. TRÁFICO DE DROGAS. 3. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA.

...

3. 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 no § 2º do art. 33 do Diploma Repressivo, independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado.

4. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, embora a pena tenha sido fixada em 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, a substituição do regime prisional não se mostra adequada, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida - qual seja, 2kg (dois quilos) de cocaína, na forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de "crack", entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir considerável número de usuários. Assim, não se mostrou irregular a atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual não diviso o alegado constrangimento ilegal.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 256.139/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 12/12/2012)

Ante o exposto, tendo em vista os argumentos inicialmente expendidos, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0090277-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 241.255 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1142011 59217220118260577

EM MESA

JULGADO: 04/04/2013

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. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDIVANDO LUIZ MOREIRA

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

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."

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