



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.762 - SP (2013/0132756-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NO § 2.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. HC N.º 111.480/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. SANÇÃO SUPERIOR A 04 ANOS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenado à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque mantinha em depósito 339 invólucros de maconha (671,2g); 22 invólucros de *crack* (6,2g) e 418 invólucros de cocaína (351.1g), além de anotações referentes à mercancia ilícita em três "pontos de venda".

4. O Tribunal *a quo*, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu que o Paciente não fazia jus à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, porque se dedicava à atividade criminosa.

5. A via estreita do *habeas corpus* é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

6. O Supremo Tribunal Federal – no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/06. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondos e equiparados. A partir de então, as regras do art. 33 do Código Penal passaram a ser utilizadas também para essas espécies delitivas.

7. O Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado com base na Lei dos Crimes Hediondos. Impõe-se o afastamento, **de ofício**, do critério adotado pela instância ordinária.

8. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da sanção aplicada (superior a 04 anos). Exegese do art. 44, inciso I, do Código Penal.

9. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Penais fixe o regime inicial de cumprimento de pena, com base nos critérios previstos no art. 33 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 1º de abril de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.762 - SP (2013/0132756-8)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTO DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ROBERTO DA SILVA, contra acórdão proferido, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (APC n.º 0043619-44.2011.8.26.0050).

O Paciente foi condenado, em primeira instância, com pena-base acima do mínimo legal, à sanção de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque mantinha em depósito 339 invólucros de maconha (671,2g); 22 invólucros de *crack* (6,2g) e 418 invólucros de cocaína (351.1g), além de anotações referentes à mercancia ilícita em três "pontos de venda".

A Corte de origem, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo e manteve incólume a sentença condenatória.

Neste *writ*, busca-se, inclusive *in limine*, a reforma da condenação, nos seguintes pontos: (i) a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, no patamar máximo (2/3); (ii) a fixação do regime inicial aberto e (iii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 49/50.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 59/60, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 85/88, opinando pelo não conhecimento da ordem ou, caso contrário, por sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.762 - SP (2013/0132756-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NO § 2.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. HC N.º 111.480/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. SANÇÃO SUPERIOR A 04 ANOS. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenado à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque mantinha em depósito 339 invólucros de maconha (671,2g); 22 invólucros de *crack* (6,2g) e 418 invólucros de cocaína (351.1g), além de anotações referentes à mercancia ilícita em três "pontos de venda".

4. O Tribunal *a quo*, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu que o Paciente não faria jus à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, porque se dedicava à atividade criminosa.

5. A via estreita do *habeas corpus* é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

6. O Supremo Tribunal Federal – no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – declarou, *incider tantom*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/06. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes hediondos e equiparados. A partir de então, as regras do art. 33 do Código Penal passaram a ser utilizadas também para essas espécies delitivas.

7. O Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado com base na Lei dos Crimes Hediondos. Impõe-se o afastamento, **de ofício**, do critério adotado pela instância ordinária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da sanção aplicada (superior a 04 anos). Exegese do art. 44, inciso I, do Código Penal.

9. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Penais fixe o regime inicial de cumprimento de pena, com base nos critérios previstos no art. 33 do Código Penal.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do “habeas corpus”, que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva **quanto** à utilização do “habeas corpus”, **culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia** de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto **desta** impetração, **não conheceu** da ação de “habeas corpus” lá ajuizada, **por haver entendido** tratar-se de “utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais”.

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça **salientou, com apoio** em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “habeas corpus”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada, hoje, a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que, caso eventualmente prevaleça, implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu, excessivamente, o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Assevere-se, de início, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Na espécie, o Tribunal de origem manteve a dosimetria da pena em foco, mediante a seguinte fundamentação:

"[...]

Na primeira fase, considerando-se as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, o M.M Juiz 'a quo', se fundamentando no resultado e consequências do crime, anormais se comparados a casos análogos, uma vez que iria abastecer usuários de uma região, com o nítido intuito de lucro 'fácil', e no intenso grau de culpa do acusado que mostrou seu desejo de estabelecer um 'negócio' de venda de droga, fixou a pena base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, perfazendo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa.

Após, em razão da confissão do acusado, considerada causa atenuante, houve a redução da pena em 1/6 (um sexto), retornando, esta, ao patamar mínimo de 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, que se tornou definitiva ante a ausência de causas de aumento ou diminuição da pena.

Em que pese o os argumentos da Defesa, não há possibilidade de aplicação do benefício do § 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006, pelo simples fato de que a quantidade de entorpecentes encontrada (um total de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais de 1kg), a variedade (maconha, cocaína e 'crack') e o documento encontrado na posse do réu, com a 'contabilidade do tráfico' (fls. 59/169), são circunstâncias que demonstram o alto potencial lesivo do produto apreendido e a elevada periculosidade do acusado, e indicam que não se está diante de mero traficante eventual, mas sim que o recorrente participava ativamente do tráfico e em larga escala, dedicando-se à atividade criminosa como meio de vida, o que é um obstáculo intransponível à redução.

[...]

No que diz respeito à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, apesar da recente Resolução nº 5 editada pelo Senado Federal, através da qual ficou suspensa a expressão vedada a conversão em penas restritivas de direitos presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a mesma não seria possível no presente caso, principalmente em razão da não aplicação do §4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, e a consequente não diminuição da pena corporal, que restou fixada em 05 (cinco) anos, impossibilitando a substituição pelo não cumprimento de requisito objetivo, qual seja, pena não superior a 04 (quatro) anos, e, também, pelas demais circunstâncias do caso concreto, pois não se mostra medida suficiente e adequada.

Os efeitos nocivos do crime de tráfico de drogas, que acarretam profundas feridas na sociedade atual, revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação à saúde pública, o bem estar social, e as nefastas consequências de seus atos. O que vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é cabível na espécie, uma vez que seria insuficiente à prevenção e repressão do ilícito penal (art. 44, III do Código Penal).

Os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal são cumulativos, devendo estar integralmente presentes para que seja concedida a substituição.

Dessa forma, ante a não observância dos requisitos cumulativos dispostos no artigo 44 do Código Penal, a substituição da pena é inadmissível.

[...]

Por fim, é incogitável a fixação de regime diverso do inicial fechado, visto que, de acordo com a Lei 11.464/07, que alterou o §1º, do artigo 2º, da Lei de Crimes Hediondos, os crimes desta natureza, como o tráfico, serão cumpridos em regime inicialmente fechado.

[...] (fls. 25/29)

Como se vê, a Corte estadual, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu que o Paciente não faria jus à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, porque se dedicava à atividade criminosa.

Evidencia-se, assim, a impossibilidade de incidência da sobredita minorante, já que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não preenchidos os requisitos legais.

No mesmo sentido, já se pronunciou esta Quinta Turma, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, NO TOCANTE AO SEGUNDO DELITO. REAPRECIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. TEMA SEQUER VENTILADO PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL LIMITADO PELA PRETENSÃO DEDUZIDA NAS RAZÕES RECURSAIS OU NAS CONTRARRAZÕES. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, NO PONTO. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI ANTIDROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAMENTO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICADORAS DO AUMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PACIENTES PRESOS EM FLAGRANTE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA PARCIALMENTE.

[...]

3. A teor do entendimento desta Corte Superior, a condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas evidencia a dedicação do acusado à atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

[...]

8. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida, tão somente para, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea, reduzir as penas dos Pacientes JOSÉ CARLOS DA COSTA e FRANCISCO GOMES DE MATOS FILHO, nos termos explicitados no voto." (HC 199.460/AC, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/06/2013; destaquei.)

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, ele não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente à vedação de se dedicar a atividade criminosa, pois restou evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade da substância entorpecente apreendida. Precedentes do STJ.

3. Ordem denegada." (HC 111891/GO, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 24/11/2008; destaquei)

Ressalte-se, ademais, que a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, tendo em vista a incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal – no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/06. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes hediondos e equiparados. A partir de então, as regras do art. 33 do Código Penal passaram a ser utilizadas também para essas espécies delitivas.

No caso dos autos, o Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado com base na Lei dos Crimes Hediondos. Impõe-se o afastamento, **de ofício**, do critério adotado pela instância ordinária.

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da sanção total aplicada (superior a 04 anos). Exegese do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da impetração. Porém, CONCEDO ORDEM de *habeas corpus*, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Penais fixe o regime inicial de cumprimento de pena, com base nos critérios previstos no art. 33 do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0132756-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 269.762 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00436194420118260050 20130000181491 436194420118260050

EM MESA

JULGADO: 01/04/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTO DA SILVA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.