



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.927 - MG (2010/0083579-1)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : VIVIANE PRISCILA DOS SANTOS

EMENTA

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. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL 3. TRÁFICO DE DROGAS. 4. REDUÇÃO DO AUMENTO RELATIVO À MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI Nº 11.343/2006. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 5 ORDEM NÃO CONHECIDA.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **habeas corpus**, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. A fração de aumento prevista na majorante tipificada no art. 40, VI, da Lei de Drogas foi fixada um pouco acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a maior periculosidade social da paciente e a gravidade concreta do delito, haja vista a participação de diversos menores, os quais seriam os responsáveis por repassar os entorpecentes aos usuários, de forma a dificultar a vinculação e o flagrante delito dos membros imputáveis da quadrilha.

4. Habeas corpus não conhecido e não verificada a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão de **habeas corpus** de ofício.

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.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.927 - MG (2010/0083579-1)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Viviane Priscila dos Santos, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Consta dos autos que a paciente foi condenada pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, **caput**, e 35, ambos c/c o art. 40, VI, todos da Lei nº 11.343/2006, na forma do art. 70 do Código Penal, à sanção de 12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.999 (mil novecentos e noventa e nove) dias-multa, no mínimo legal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal no Tribunal de origem e a Quinta Câmara Criminal, em julgamento unânime, deu parcial provimento ao apelo defensivo, para fixar a pena em 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.366 (mil trezentos e sessenta e seis) dias-multa, em acórdão assim ementado (fls. 62/63):

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - APTIDÃO DA DENÚNCIA. DEVIDA EXPOSIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO CRIMINOSO - PROVA. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA EM UM DOS RÉUS, PARA COMPROVAR SUA DEPENDÊNCIA QUÍMICA DE DROGAS - FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA - IMPUTAÇÃO DEVIDAMENTE COMPROVADA. PROVAS SUFICIENTES PARA LEGITIMAR A CONDENAÇÃO DE TODOS OS RÉUS - APLICAÇÃO DAS PENAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO CAPUT DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME AUTÔNOMO. CONSUNÇÃO COM O TRÁFICO AFASTADA - CONCURSO FORMAL CONSIDERADO NA SENTENÇA. CONFIRMAÇÃO, EM RAZÃO DA VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. AUMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) PELO CONCURSO, DIANTE DE APENAS DOIS CRIMES. INAPLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, DIANTE DA ASSOCIAÇÃO (FORMA ESPECIAL DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUADRILHA OU BANDO). APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO INCISO VI DO ART. 40 DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL, ANTE O ENVOLVIMENTO DE MENORES. LEGITIMAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO PREVISTO NA ÚLTIMA REGRA CITADA. I - Apesar de o art. 41 do Código de Processo Penal aludir à exposição de todas as circunstâncias do fato criminoso, não há necessidade de minúcias, devendo o denunciante ou querelante primar pela concisão, limitando-se a apontar os fatos cometidos pelo(s) réu(s) para não tornar a peça inicial do processo uma verdadeira alegação final. II - O exame pericial no réu não é essencial para a comprovação de dependência química, mormente quando esta se revela de forma indubitosa por outras provas, não cerceando a defesa do viciado a desautorização de produção daquela. III - Se o julgador declina, devidamente, as razões pelas quais refutou as alegações das partes, examinando detidamente as provas, em perfeita correlação com o pedido condenatório e as defesas dos acusados, não há que se falar em ausência de fundamentação da sentença. IV - A prática dos crimes previstos nos capta dos arts. 33e 35 da Lei nº 11.343/2006 não pode ser considerada improvada se nos autos constam seguros depoimentos de várias testemunhas a apontá-la, corroborados, ainda, por denúncias anônimas que legitimaram buscas e apreensões de significativa quantidade de drogas em poder dos réus. V - Como maus antecedentes, por força do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição da República, deve-se ter a condenação criminal transitada em julgado por delito anterior ao que se examina, excluída(s) aquela(s) que configura(m) reincidência. VI - Para aquilatar a conduta social do acusado, mister que se analise o conjunto de seu comportamento no meio social em que vive, enfim, na família, no trabalho, na vizinhança etc. VII - A personalidade do acusado deve ser examinada com percuciência pelo julgador, que não pode valer-se de expressões retóricas e reducionistas em sua análise. VIII - As circunstâncias judiciais do caput do art. 59 do Código Penal têm nítido caráter residual, impondo ao aplicador da pena que identifique, logo no início do processo de dosimetria, se qualquer delas já não constitui qualificadora/ privilégio, agravante/ atenuante ou majorante/ minorante. Assim, se o que foi considerado para afirmar desfavoráveis as circunstâncias do delito já constitui uma majorante, não pode o julgador, em razão da mesma causa, aumentar também as penas-bases, sob pena de odioso bis in idem. IX - As conseqüências que devem ser consideradas na aplicação das penas-bases são aquelas que transcendem ao resultado típico, devendo ser concretamente identificadas. X - O crime previsto no caput do art. 35 da Lei nº 11.343/2006 é autônomo, não dependendo a sua consumação da prática de qualquer dos delitos referidos no tipo, configurando-se o concurso material de infrações, caso ocorram. Dada esta autonomia, ainda, se os agentes cometem, após terem se associado, qualquer dos delitos aludidos no tipo, o fazem também de forma autônoma, e, considerando que podiam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

igualmente tê-los cometido sem a pré via associação, vê-se que inexistente, entre eles, a relação de meio material necessário e fim, exigível para que se possa falar em consunção ou absorção de um pelo outro. XI - Se o juiz considerou ter havido, no entanto, concurso formal entre a associação e o tráfico, tendo esta consideração beneficiado os réus, deve ser ela confirmada, à míngua da existência de apelação do parquet, sob pena de reformatio in pejus. XII - No aumento da maior das penas, pelo concurso formal, deve-se considerar a fração mínima de 1/6 (um sexto) se apenas dois crimes foram praticados. XIII - Tendo os acusados se associado para a prática de tráfico de drogas, o qual vinham realizando há já algum tempo, não podem beneficiar-se da minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. XIV - Comprovado que o tráfico envolvia menores, devem as penas ser majoradas (art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006), justificando-se o aumento superior a 1/6 (um sexto) se indubitoso que, ao menos, 2 (dois) adolescentes compunham o bando.

Por isso o presente **writ**, no qual pretende a Defensoria Pública, em síntese, seja reduzida ao mínimo legal a fração de majoração relativa à causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, pois fixada em 1/3 (um terço) sem qualquer fundamentação.

Ausente pedido liminar.

Informações foram juntadas às fls. 136/200.

Instado a se manifestar, o douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Exmo. Subprocurador-Geral da República Paulo da Rocha Campos, opinou pela denegação da ordem (fls. 204/209).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.927 - MG (2010/0083579-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembre-mos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando no inciso LXVIII do art. 5º que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Logo, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie"; (III) "Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização do **habeas-corpus**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

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. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* rejeitado. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar **habeas corpus** e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)*

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No caso dos autos, insurge-se a impetrante contra o **quantum** de pena imposto. No entanto, como é cediço, o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Verifico, ademais, que a sentença condenatória já transitou em julgado sem a interposição de recursos extraordinários. Ainda assim, passo à análise da dosimetria, apenas para aferir eventual existência de patente ilegalidade.

Para melhor exame da questão, faz-se necessário transcrever a forma como se deu a ação delituosa e o cálculo da pena elaborado pelo Magistrado singular, no que interessa, **in verbis** (fl. 11/12 e 32):

Consta da denúncia que os denunciados fazem parte de uma associação criminosa para o tráfico de substâncias entorpecentes, conhecida como craque, na região do bairro Adélia Issa e recrutam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menores para fazerem o comércio de droga.

Narra ainda a denúncia que os denunciados ficavam no "Bar da Janaúba", localizado naquele bairro, à espera de compradores de drogas que ficava guardada na residência da denunciada Andréia. E quando os usuários iam àquele local para comprar drogas, os denunciados Rodrigo Aureliano, Euler, Ester, Joedy e os menores Diego Henrique dos Santos e Maria Luíza Carvalho Alves buscavam a droga na residência de Andréia, evitando, assim, o flagrante.

Esclarece ainda a denúncia que, no dia 06/11/2007, foram apreendidas trinta e três (33) pedras de craque escondidas entre as telhas e a parede da residência da denunciada Andreia.

O menor Diego afirmou que a droga apreendida lhe pertencia e fora adquirida com o denunciado Joedy e destinada ao comércio.

Já no dia 17/11/2007 foram apreendidas quarenta e duas (42) pedras de craque, embaladas em sacos plásticos e prontas para venda, dentro de uma geladeira na residência de Andréia. Nesse mesmo dia, a denunciada Viviane foi presa em flagrante e confessou que estava vendendo a droga para arrecadar dinheiro para os defensores dos denunciados Rodrigo Aureliano e Andréia Cristina, que estavam presos.

(...)

Assim, fixo a pena-base para o crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 em sete (07) anos de reclusão que, aumentada de um terço (art. 40, VI, da mesma Lei), passa para nove (09) anos e quatro (04) meses de reclusão, que assim se concretiza por não haver circunstâncias ou causa que justifique a sua alteração, a ser cumprida, inicialmente, no regime fechado.

O Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao recurso defensivo, mas mantendo o aumento maior que o mínimo de 1/6 (um sexto), fez referência às razões repetidas nas outras apelações dos corréus julgadas conjuntamente, assim consignando, no que interessa (fls. 91, 96, 100, 106 e 111):

Assim, por fim, aumento as penas em 1/3 (um terço), em razão da majorante do inciso VI do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, fixando-as, definitivamente, em 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e em 688 (seiscentos e oitenta e oito) dias-multa.

Justifica-se o aumento maior que o mínimo de 1/6 (um sexto), por ter restado comprovado que o tráfico envolveu, ao menos, dois menores.

Como se depreende dos excertos acima colacionados, a fração de aumento prevista na majorante tipificada no art. 40, VI, da Lei de Drogas foi fixada um pouco acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a maior periculosidade social da paciente e a gravidade concreta do delito, haja vista a participação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de diversos menores, os quais seriam os responsáveis por repassar os entorpecentes aos usuários, de forma a dificultar a vinculação e o flagrante delito dos membros imputáveis da quadrilha.

Essa conjuntura afasta, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste **writ**, pois não se mostra possível nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei.

Cumprе ressaltar, outrossim, que a aplicação da pena é o momento em que o juiz realiza, em cada caso concreto, a força do Direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de poder discricionário dado ao magistrado pela Constituição Federal e pela Lei - Código Penal. Mas, muito embora discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que ao juiz cabe aplicar a pena justa ao caso, com a necessária motivação e fundamentação, à luz do método trifásico.

Com efeito, considerando os estreitos limites cognitivos da via exígua do **writ**, não se evidencia, na hipótese vertente, a ocorrência de constrangimento ilegal passível de correção.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. 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). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA.

DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

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

2. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

3. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida - 2.138 gramas de cocaína - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no 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.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso dos autos, considerando o quantum da pena estabelecido e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso.

8. Na hipótese, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

9. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 203.507/SP, Rel. a Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Ante o exposto, não conheço da impetração, bem como não verifico a existência de qualquer constrangimento ilegal que autorize a concessão de **habeas corpus** de ofício.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0083579-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 171.927 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10210070467902 210070467902

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: VIVIANE PRISCILA DOS SANTOS
CORRÉU	: ESTER DA COSTA MOURA
CORRÉU	: ANDRÉIA CRISTINA MARTINS MENDES
CORRÉU	: JOEDY RUNNER SILVA
CORRÉU	: RODRIGO AURELIANO MARTINS MENDES
CORRÉU	: EULER FAGUNDES DA PAIXÃO

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."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.