



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.418 - SP (2011/0048153-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : DANIEL SEGUNDO MARTINEZ

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 33, **CAPUT**, C/C O ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/2006). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM FACE DA NATUREZA E DA GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PREVALÊNCIA DO ART. 42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO, PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REQUISITO LEGAL NÃO PREENCHIDO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME, NA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO, EM VIRTUDE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E DA QUANTIDADE DA PENA APLICADA. ART. 44, I E III, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DO STJ. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE **HABEAS CORPUS**, DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **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", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. **In casu**, não há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de **habeas corpus**.

VI. O **habeas corpus**, em regra, constitui meio impróprio para o reexame da dosimetria da pena fixada pelas instâncias ordinárias, uma vez que não comporta a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos. Em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido reapreciar a reprimenda que se mostre, inequivocamente, ofensiva aos critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

VII. **In casu**, as instâncias ordinárias fixaram a pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, em face da natureza e da grande quantidade da droga apreendida – 2.900 g, peso líquido, de cocaína –, circunstâncias que prevalecem sobre as demais, previstas no art. 59 do Código Penal, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

VIII. Embora tenham sido reconhecidos a primariedade do réu, os bons antecedentes e a inexistência de provas de que se dedique a atividades criminosas, concluíram as instâncias ordinárias que o paciente integra organização criminosa, não fazendo jus à causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, o que não pode ser afastado, na via estreita do **habeas corpus**, por importar revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos.

IX. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, I e III, do Código Penal, tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu e o **quantum** da pena final aplicada (6 anos, 10 meses e 25 dias de reclusão).

X. **Habeas corpus** não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2012(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.418 - SP (2011/0048153-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de DANIEL SEGUNDO MARTINEZ, em face do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Apelação Criminal 0000345-05.2009.4.03.6119).

Narra a impetrante que o paciente foi condenado, em 1º Grau, como incurso no art. 33, **caput**, c/c o art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006, às penas de 7 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 960 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal de 2.º Grau deu parcial provimento ao recurso defensivo, tão somente para aplicar a causa de aumento, prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/2006, no patamar de 1/6, reduzindo a pena definitiva a 6 anos, 10 meses e 25 dias de reclusão e 840 dias-multa, mantendo, no mais, o **decisum** condenatório.

Neste **writ**, alega a impetrante que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, levando-se em consideração, apenas, a natureza e a quantidade da droga, "apesar da primariedade e bons antecedentes do Paciente" (fl. 4e).

Salienta, nesse contexto, que não podem ser consideradas prejudiciais, ao réu, "a saúde pública, nocividade, consequências do crime na sua perniciosidade", porque "tais circunstâncias fazem parte do próprio ato doloso daquele que pratica o crime de tráfico internacional" (fl. 4e).

Aduz, ainda, que o paciente faz jus à causa de diminuição, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo, uma vez que é "primário, com bons antecedentes, (...) não se dedica às atividades criminosas, nem integra organização criminosa" (fl. 10e).

Alega que o fato de o paciente possuir, em seu passaporte, a indicação de diversas viagens ao exterior, "jamais autorizaria o d. Juízo sentenciante a 'denotar' que 'se trata de pessoa que se dedica, com frequência, à prática de tráfico internacional de entorpecentes'" (fl. 11e).

Por fim, argumenta que se encontram presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto "(1) o crime praticado não se deu com forma violenta ou grave ameaça à pessoa; (2) o réu não é reincidente em crime doloso e (3) os motivos e circunstâncias que se deram no delito permitem essa substituição" (fl. 12e).

Requer, por tais motivos, a reforma do acórdão impugnado, a fim de que **(i)** seja a pena-base fixada no mínimo legal, **(ii)** seja aplicada a causa de diminuição, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo, e **(iii)** seja, a final,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Não houve pedido de liminar.

Foram dispensadas as informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se, a fls. 232/241e, pela denegação da ordem.

Foi impetrado o **Habeas corpus** 115.178/SP, perante o Supremo Tribunal Federal, relativamente ao julgamento do presente **writ** (fls. 213/220e).

O paciente protocolou a Petição Avulsa 201202000014410, em 17/08/2012, perante o Conselho Nacional de Justiça, requerendo informações a respeito do presente **Habeas corpus**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.418 - SP (2011/0048153-0)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **habeas corpus** foi impetrado em substituição a recurso especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **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", prevendo o art. 105, II, **a**, da CF/88 o cabimento de recurso ordinário, para o STJ, em caso de denegação de **habeas corpus** decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Dentre as hipóteses de cabimento de **habeas corpus**, portanto, não se insere o uso do remédio constitucional para substituir o recurso ordinário, tampouco o recurso especial ou a revisão criminal.

Esse entendimento foi manifestado recentemente, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em 07/08/2012, do HC 109.956/PR (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, maioria, DJe de 11/09/2012), no qual se considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado no Informativo 674:

"É inadmissível impetração de habeas corpus quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do habeas corpus como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do **writ**".

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do **habeas corpus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las". (STF, HC 109.956/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/09/2012).

No mesmo sentido, a 1ª Turma da Suprema Corte, em 21/08/2012, em caso semelhante, no **Habeas corpus** 104.045/RJ (Rel. Ministra ROSA WEBER, unânime), considerou inadequada a via eleita, como substitutiva de recurso ordinário, contra denegação de **habeas corpus**, pelo STJ (DJe de 06/09/2012).

Por sua vez, o Ministro LUIZ FUX negou seguimento, por decisão monocrática, ao HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), com a seguinte fundamentação:

"Outrossim, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, **taxativamente**, no artigo 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I – processar e julgar, originariamente:

...

*d) o **habeas corpus**, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;*

...

*i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.*

In casu, os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgRg, Rel. o Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 1º/10/199, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

"E M E N T A: PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO **IMPROVIDO**.

A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL.

- **As medidas cautelares** a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), **quando** promovidas contra membros do Congresso Nacional, **não se incluem** na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, **precisamente** porque **destituídas** de caráter penal. **Precedentes.**

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- A **competência originária** do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração **essencialmente** constitucional - e ante o **regime de direito**

estrito a que se acha submetida - **não comporta** a possibilidade de ser estendida a situações que **extravase** os limites fixados, em **numerus clausus**, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.

Precedentes.

O **regime de direito estrito**, a que se submete a **definição** dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da **taxatividade** do rol constante da Carta Política, **a afastar**, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais **originárias**, o processo e o julgamento de **causas** de natureza civil que **não** se acham inscritas no texto constitucional (**ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares**), **mesmo** que instauradas contra o Presidente da República ou contra **qualquer** das autoridades, que, **em matéria penal** (CF, art. 102, I, **b** e **c**), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema **ou** que, **em sede de mandado de segurança**, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, **d**). **Precedentes."**

Destarte, afigura-se flagrantemente paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

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 pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a *correção de rumos*, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC n. 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Segunda Turma, *verbis*:

“O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra 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 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.”

Ex positis, não vislumbrando no ato impugnado teratologia que justifique a concessão, ex officio, da ordem, nego seguimento ao writ, por manifesta e inarredável incompetência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 38 da Lei n. 8.038/90”.

Na mesma linha, também se manifestou o Ministro DIAS TOFFOLI, ao negar seguimento ao HC 114.924/RJ, consoante decisão publicada no DJe de 28/08/2012, **in verbis**:

“Há óbice jurídico-processual para o conhecimento do habeas corpus.

No caso, a impetração foi manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional, prescrito no art. 102, inciso II, alínea “a” da Carta da República, o que esbarra na decisão da Primeira Turma que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário.

Segundo aquele dispositivo constitucional, compete a este Supremo Tribunal julgar, em recurso ordinário, “o ‘habeas-corpus’, o mandado de segurança, o ‘habeas-data’ e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

Conforme expressamente consignado pelo eminente relator naquela assentada, “o ***habeas corpus*** substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer 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 do recurso ordinário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*" (HC nº 108.715/RJ).

Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea "a" da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos.

Ressalvo, ademais, meu entendimento pessoal, já consignado em sentido contrário naquele julgamento, pelo cabimento do **habeas corpus** substitutivo nesses casos. Contudo, adoto o entendimento do colegiado e o aplico à espécie.

Ante o exposto, **entendendo não demonstrada, satisfatoriamente, nenhuma ilegalidade flagrante apta a ensejar uma concessão de ofício, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao presente habeas corpus".**

O Superior Tribunal de Justiça tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO CONTRÁRIA INVIÁVEL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO NÃO APLICÁVEL Á HIPÓTESE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. No caso dos autos, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta ao réu, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Hipótese na qual o Colegiado Estadual concluiu que o paciente se dedicava a atividade criminosa, o que, por si só, obsta a aplicação da causa de diminuição de pena, consoante se extrai do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006, sendo certo que conclusão em sentido contrário, como requer o impetrante, demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus.

V. O exame da dosimetria da pena, em sede de mandamus, somente é possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade, causando prejuízo ao réu, o que não se verifica no caso.

VI. O pleito de substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos não é cabível, uma vez que, tendo a pena imposta ao paciente sido superior a 04 anos de reclusão, não resta preenchido o requisito objetivo necessário para a concessão da benesse pleiteada.

VII. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendendo que, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastada a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VIII. Evidenciado que a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não foi aplicada ao paciente, tendo em vista que o mesmo se dedicava a atividade criminosa, o que, somado ao montante de pena fixado, impediu, também, a substituição da reprimenda, não há que se falar em fixação de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei n.º 11.464/2007.

IX. Inexistência, na hipótese, de flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, restando, assim, caracterizado o uso inadequado do instrumento constitucional.

X. Ordem denegada." (STJ, HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. **WRIT** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA Nº 444 DESTA CORTE. REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. CONCESSÃO PARCIAL.

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.**

3. **In casu**, há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da sanção, eis que a pena-base foi acrescida, em razão dos maus antecedentes, sem que houvesse condenação definitiva contra a paciente. Incidência da Súmula nº 444 desta Corte.

4. O pedido de alteração do regime prisional encontra-se prejudicado, pois a paciente já cumpre pena no regime aberto.

5. Writ parcialmente prejudicado e, no mais, concedido para reduzir a reprimenda imposta". (STJ, HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelo exposto, o presente **Habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, não merece ser conhecido.

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

In casu, não há manifesto constrangimento ilegal, passível da concessão, de ofício, da ordem de **habeas corpus**.

Consta dos autos que o paciente, preso em flagrante em 12/01/2009, foi condenado, em 1º Grau, às penas de 7 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 960 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, **caput**, c/c o art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006, porque tentava embarcar, no Aeroporto Internacional de Guarulhos, em voo da Companhia Aérea TAP, com destino a Lisboa/Portugal, trazendo consigo, para fins de comércio ou entrega a consumo de terceiros, no exterior, **2.900 g (dois mil e novecentos gramas), peso líquido, de cocaína**, ocultados no fundo falso de uma mala.

Em grau de recurso, a Corte de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo, apenas para, em relação à transnacionalidade do delito de tráfico, majorar a pena em 1/6, tornando-a definitiva em 6 anos, 10 meses e 25 dias de reclusão, além de 840 dias-multa. No mais, manteve a sentença condenatória.

Daí o presente **writ**, substitutivo de recurso especial, em que se pretende a fixação da pena-base no mínimo legal, a incidência, no grau máximo, da causa de diminuição, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Passo à análise da primeira questão.

De início, vale ressaltar que o **habeas corpus**, em regra, constitui-se em meio impróprio para o reexame da dosimetria da pena, fixada pelas instâncias ordinárias, uma vez que não comporta a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos.

Todavia, em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido reapreciar a reprimenda que se mostre, inequivocamente, ofensiva aos critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

Não se trata, no entanto, de reavaliar a justiça da decisão, mas de, tão somente, reconhecer a ilegalidade, decorrente da ausência de fundamentação ou de flagrante erro de técnica.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o Juízo de 1º Grau fixou a reprimenda básica acima do mínimo legal, com a seguinte fundamentação:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Na primeira fase de fixação da pena, verifico que a nova Lei de tóxicos trouxe norma específica a respeito do tema (art. 42) que dispõe: **"o juiz, na fixação das penas, considerará, com predominância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"**.

Na análise do artigo 59 do CP, merecem registro as seguintes circunstâncias judiciais:

A) culpabilidade: Verifico que a culpabilidade é circunstância judicial que deve ser valorada em prejuízo do acusado, no caso concreto. Considerando que a preparação da viagem do réu demandou tempo e esforços, ressalto que o acusado não agiu de inopino, ao contrário, sabia que iria transportar entorpecentes, teve tempo para refletir a respeito dessa conduta e ainda assim persistiu no intento criminoso.

B) antecedentes: nada a registrar no que concerne aos antecedentes.

C) conduta social e da personalidade: no tocante à conduta social e à personalidade do acusado, nada digno de nota foi constatado, além do desvio que o levou à prática delitiva.

D) motivo: o motivo do crime é circunstância que prejudica sensivelmente o acusado, pois sua conduta, que teve por finalidade o lucro fácil proporcionado pela narcotraficância, reveste-se de maior gravidade do que a de criminosos que incidem no crime em questão na modalidade cessão gratuita. Avançar nesta questão seria incabível, pois a tese do estado de necessidade já restou afastada acima.

E) circunstâncias e conseqüências: As circunstâncias e conseqüências do crime também prejudicam seriamente o réu no *quantum* das penas. De fato, o acusado foi preso transportando 2.900 g (dois mil e novecentos gramas) peso líquido, de cocaína, psicotrópico de elevado efeito nocivo ao organismo dos usuários. Se chegasse a seu destino, a quantidade elevada da droga apreendida seria idônea para corroer a saúde de uma miríade de usuários e desestabilizar suas relações familiares e sociais, gerando mais crimes, num terrível círculo vicioso. **É necessária, neste casos, uma reprimenda severa**, como argumentou a Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE, em trecho de seu voto na apelação criminal 14561, processo nº 2002.61.19.001202-8: *"As conseqüências do crime, caso a droga chegasse ao seu destino, seriam desastrosas para a saúde pública, em especial à população mais jovem, que tende a ser o alvo principal de aliciadores e traficantes de droga com promessas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de novas sensações. Ressalte-se que, no caso, a quantidade da droga apreendida é considerável, sendo capaz de afetar um grande número de pessoas, podendo causar danos irreparáveis à saúde física e psíquica dos usuários, bem como ao seu convívio no âmbito familiar e social." Vale lembrar, ainda, que **a cocaína possui efeitos deletérios e catastróficos sobre o organismo dos usuários, mais do que em relação a outros tipos de drogas (lança-perfume, maconha, v.g.).** Ressalto, ainda, no tocante aos efeitos deletérios provados pela cocaína, o seguinte:

'Os efeitos provocados pela cocaína ocorrem por todas as vias (aspirada, inalada, endovenosa). Assim, o crack e a merla podem produzir aumento das pupilas (midríase), que prejudica a visão; é a chamada 'visão borrada'. Ainda podem provocar dor no peito, contrações musculares, convulsões e até coma. Mas é sobre o sistema cardiovascular que os efeitos são mais intensos. A pressão arterial pode elevar-se e o coração pode bater muito mais rapidamente (taquicardia). Em casos extremos, chega a produzir parada cardíaca por fibrilação ventricular. A morte também pode ocorrer devido à diminuição de atividade de centros cerebrais que controlam a respiração. O uso crônico da cocaína pode levar a degeneração irreversível dos músculos esqueléticos, conhecida como rabdomiólise.' (Fonte: Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas - OBID - site: www.obid.senad.gov.br)'

Anoto que referida circunstância judicial deve ser especialmente considerada na fixação da pena-base do réu, tendo em vista a norma especial do artigo 42 da Lei de Tóxicos, que dispõe que a natureza e quantidade da droga terão preponderância em relação às demais circunstâncias.

F) comportamento da vítima: o comportamento da vítima em nada influenciou no cometimento do delito, porquanto o objeto jurídico tutelado na espécie é a saúde pública.

Dessa forma, das seis circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, três são absolutamente desfavoráveis ao réu.

Destaco que preponderam nesta fase da fixação da pena a natureza e a quantidade da droga, em atendimento ao disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06.

Assim e, finalmente, considerando as penas abstratamente cominadas no preceito secundário do art. 33 da **Lei 11.343/2006**, entre os patamares de 5 a 15 anos de reclusão e 500 e 1500 dias multa, **fixo a pena-base em 6 anos e 4 meses de reclusão e,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com base no mesmo critério, a quantidade de **850 dias-multa**, fixando o valor de cada dia-multa à razão de **1/30 (um trigésimo)** do valor do salário-mínimo vigente na data do fato, ante a ausência de elementos seguros acerca das condições econômicas do acusado" (fls. 34/37e).

Observa-se que o Magistrado sentenciante, embora tenha valorado negativamente a culpabilidade do agente e o motivo do crime, considerou, a final, na primeira fase da fixação da reprimenda, apenas a natureza e a quantidade de droga apreendida, em conformidade com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que prepondera sobre o art. 59 do Código Penal (fl. 37e).

O aumento da reprimenda básica foi mantido, pela Corte de origem, que, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, confirmou, no ponto, a sentença condenatória, como se vê do seguinte trecho:

"No tocante à pena-base (art. 59 e art. 42 da Lei de Tóxicos), tendo que deve ser mantida tal como aplicada, pois a grande quantidade de droga apreendida realmente revela maior reprovabilidade da conduta e poderia causar graves consequências à saúde pública, caso o réu não tivesse sido interceptado pela Polícia Federal. Nessa medida, o delito não se consumou unicamente por fato alheio à vontade do réu" (fl. 158e).

No caso, as instâncias ordinárias fixaram a pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, em face da natureza e da grande quantidade da droga apreendida, circunstâncias que prevalecem sobre as demais, previstas no art. 59 do Código Penal, de modo que não há falar em constrangimento ilegal.

Nesse sentido, confirmam-se:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE GENÉRICA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

1. Não obstante a primariedade e os bons antecedentes do paciente, tem-se que a pena-base foi aplicada fundamentadamente acima do mínimo legal, haja vista a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transnacionalidade do delito, a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - 1.117,41 g de cocaína -, circunstâncias que demonstram o acentuado grau reprovabilidade de sua conduta.

(...)

6. Habeas corpus denegado" (STJ, HC 156.346/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 08/09/2011).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO, QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO STF. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA.

GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Tribunal de origem levou em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em poder da paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (2,475 kg de cocaína).

(...)

11. Ordem denegada" (STJ, HC 177.696/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 25/04/2012).

No tocante à causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, o Juízo de 1º Grau e o Tribunal de origem afastaram a sua incidência, pelas seguintes razões:

"Seguindo adiante e examinando a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, vejo que ela não tem aplicação no caso concreto.

De fato, consta dos autos que o acusado é primário e não há provas nos autos de que se dedique a atividades criminosas como criminoso contumaz.

Todavia, não há como negar que efetivamente integra a organização criminosa a pessoa que transporta entorpecente em grande quantidade para o exterior, nas condições do acusado, ou seja, mediante remuneração, com despesas totalmente pagas e custeadas previamente.

Há uma diferença evidente entre os verbos *associar-se* e *integrar*. Para o primeiro exige-se *affectio*, permanência, atribuição de função, identidade de propósitos, etc.; para o segundo, nada disso é exigível, basta a mera presença de um indivíduo num local com uma função, para que ele esteja integrado ao contexto. Também não se confunde com integrar o significado do verbo *pertencer*. *Pertencer* indica relação de propriedade, de vinculação perene ou prolongada. O conceito de *integrar* não exige tais condições.

O fato é que no caso das *mulas*, é evidente que elas integram a organização criminosa na medida em que o seu "trabalho" é uma condições *sine qua non* para a narcotraficância internacional; as *mulas* têm justamente a função de transportar o entorpecente para o exterior, como que "terceirizando" o deslocamento da droga e dispersando o risco de sua apreensão (já que se trata de "mercadoria" extremamente valiosa nesse mercado espúrio) e afastando mais ainda a possibilidade de captura dos verdadeiros donos do "negócio" e de seus financiadores.

Veja-se que nos casos recorrentemente apurados nesta Subseção Judiciária, como o presente, a pessoa é contratada para levar grande quantidade de entorpecente para o exterior, o qual possui elevadíssimo valor de mercado, o que inclusive é uma das razões para os constantes relatos de ameaça e para o receio em praticar a delação premiada.

Pensa este Juízo que a causa de diminuição em tela não esteja voltada àquele que pratica o tráfico com uma autêntica estrutura logística voltada à remessa de grandes quantidades de droga para o exterior a partir do Brasil, estrutura essa que começa por recrutar pessoas economicamente desfavorecidas no exterior muitas vezes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

longínquo (Ásia, Tailândia, Turquia, Leste Europeu, países africanos, todos em condições econômicas sabidamente deploráveis), para vir ao Brasil, aqui permanecer hospedados em Hotéis, recebendo grandes quantias em dinheiro (para o padrão do *homo medius* brasileiro), telefones celulares locais e internacionais, roupas, passaportes (às vezes falsos até), às vezes até acompanhantes (talvez "*olheiros*"), unicamente para transportar o entorpecente conforme previamente contratado, de forma dissimulada, ardilosa, totalmente atenta às conhecidas deficiências das nossas autoridades públicas no combate a essa criminalidade.

Pensa este Juízo, também, que essa causa de diminuição esteja voltada ao narcotráfico de menor expressão, que não possui tamanha estrutura e poderio econômico, nem envolve quantidades tão expressivas de entorpecentes; como exemplo, a imprensa continuamente noticia apreensões de indivíduos com 10 ou 15 comprimidos de "*ecstasy*" em uma festa, um pequeno distribuidor do entorpecente; ou então aquele indivíduo que, no seu bairro ou sua escola, distribui pequenas quantidades de *maconha*, *crack* ou até *lança-perfume* a pessoas locais, em quantidades de 3 a 10 gramas ou pequenas porções, por vezes. Em síntese: **a causa de diminuição em tela está voltada aos "microempresários" do tráfico, que definitivamente não são os que atuam no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, nem tampouco os que a essa prática aderem.**

Por outro lado, a pessoa que aceita esse tipo de "trabalho", a par de demonstrar ter perdido a sua inocência ou ingenuidade e, assim, optado pelo crime, está plenamente ciente do que faz afirmação que é reforçada pelos constantes relatos de ameaça e pela raridade de delações; ela sabe que está lidando com pessoas inescrupulosas, que vivem do crime e são capazes de cometer atos terríveis para atingir seus objetivos; ela sabe que jamais viria ao Brasil em condições normais. Sua única justificativa para a viagem é transportar a droga e, ao final, receber quantia bastante elevada de dinheiro, que certamente levaria muito tempo para amealhar em condições lícitas de trabalho, pois é certo que o caminho estreito é sempre o mais difícil.

Com efeito, para "integrar organização criminoso" não é necessária vinculação perece ou prolongada, muito menos saber quem são os donos do entorpecente; os produtores e fabricantes; os pilotos que trouxeram de aviação; os gerentes; os preparadores e artesãos que confeccionaram os artefatos de dissimulação; basta ter contato com o "*aliciador*" e o eventual "*olheiro*"; essa é a forma como ocorre esse tipo de contratação, com evidente e imprescindível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compartimentação de informações, visando justamente a preservar primeiramente a segurança da organização; não saber quem é quem numa organização criminosa é medida de segurança para a organização e para o indivíduo que a integra, tanto para afastar riscos de delação, quanto para se esquivar da chamada "queima de arquivo". Por isso, a mula que pensar um pouco nem mesmo vai querer saber quem são os chefes, os envolvidos no fato, para não correr mais riscos do que ser presa e processada, para cumprir alguns anos de prisão e depois retornar ao seu País.

Por fim, cumpre salientar que o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região vem demonstrando o entendimento de que as "mulas" efetivamente integram a organização criminosa voltada para o tráfico internacional de drogas (...).

(...)

O caso dos autos e a prova nele produzida, portanto, revelam a inequívoca prática a que o acusado aderiu, integrando-a, unicamente para realizar o transporte da droga que foi apreendida consigo, inclusive conforme adiantado acima, na análise do dolo, item III da motivação da sentença.

Desse modo, ficam acolhidas, inclusive como razão de decidir, as razões deduzidas pelo Ministério Público Federal em seus memoriais no ponto, rejeitando-se, por outro lado as da defesa, não obstante o empenho do ilustre Defensor.

Enfim, por todos esses argumentos, reconheço a não incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006" (sentença, fls. 39/47e).

"Quanto a não aplicação do § 4º do artigo 33, em análise atenta do passaporte do apelante, entranhado aos autos às fls. 26/31, não há como ignorar a grande quantidade de viagens internacionais por ele realizadas em curto espaço de tempo, tendo passado pelo Chile, Espanha, França, Itália, diversas vezes pelo Brasil e também por Lisboa.

Outrossim, tamanho números de viagens áreas internacionais, em curto espaço de tempo, é fato que não se coaduna com a alegação de estado de necessidade, quer seja justificante quer seja exculpante, pois é evidente que, se o apelante alega não possuir condições sequer de custear exames e cirurgias médicas, não parece lógica, da mesma forma, que tenha como realizar tantas viagens internacionais sem, ao menos, comprovar a sua necessidade e objetivo.

Segundo o acusado, possuía ele negócios no exterior, além de um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

escritório em Buenos Aires, por meio dos quais auxiliava pessoas interessadas a viver no estrangeiro a providenciar sua documentação, sendo que esta seria, inclusive, a razão de tantas viagens internacionais. Porém, além de se recusar a citar nomes de pessoas que seriam seus clientes (argumentando que isso poderia trazer problemas a seus clientes), tais "negócios" jamais foram comprovados pela defesa, nem ao menos indícios há nos autos de que efetivamente existiam, o que está a demonstrar não passar de mera tentativa de justificar a sua conduta, pois o réu teve tempo suficiente para tentar trazer ao Brasil a documentação necessária a demonstrar a sua boa-fé, seja por cooperação internacional ou mesmo por contato com familiares, preferindo, porém, uma postura reticente.

Portanto, o apelante integra organização criminosa, ainda que na condição de mero transportador da droga, atividade esta, porém, de extrema relevância para a manutenção das organizações criminosas de âmbito transnacional" (acórdão, fls. 159/160e).

O art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

Na espécie, as instâncias ordinárias reconheceram a primariedade do réu, os bons antecedentes e a inexistência de provas de que se dedique a atividades criminosas.

No entanto, com base nos fatos da causa, concluíram que o paciente integra organização criminosa, uma vez que, na qualidade de "mula", o seu "trabalho" é condição **sine qua non** para a narcotraficância internacional.

A constatação de que o paciente integra organização criminosa não pode ser revista, sem o necessário revolvimento fático-probatório, inviável na via estreita do **habeas corpus**.

Veja-se, nesse sentido, o seguinte trecho do voto, proferido pelo Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, ao julgar, em 02/08/2012, o AgRg no HC 220.997/SP, **in verbis**:

"Sobre a aplicação da aludida causa especial de diminuição de pena, esta Corte Superior de Justiça tem entendido que as circunstâncias relacionadas à prática do crime, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, **bem como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, podem servir de parâmetro para a aferição do envolvimento do réu**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com organização criminosa ou sua dedicação a atividades criminosas.

Nesse sentido:

[...]

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.**

(HC n. 226.368/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 29/2/2012)

[...]

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.**

(HC n. 204.177/SC, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13/2/2012)

In casu, o Tribunal *a quo* afastou a aplicação da aludida causa de diminuição de pena ao fundamento de que (fl. 204):

[...]

Observa-se, pois, que o apelante, de forma habitual ou não, integrava associação criminosa, participando como transportador de grande quantidade da droga, de esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. [...]

Ao que se tem, **além das circunstâncias do crime, a natureza e a quantidade de droga apreendida com o paciente, tal como assentado pela instância ordinária, denotam o seu elevado grau de envolvimento com o tráfico de entorpecentes, a justificar, portanto, o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo que a pretensão em sentido contrário, a infirmar a conclusão do Tribunal *a quo*, demandaria dilação probatória, incabível em sede de *habeas corpus*.**

A propósito, destaco os seguintes precedentes:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porquanto **a quantidade e a diversidade de entorpecentes apreendidos em seu poder e as circunstâncias que envolveram sua prisão levaram a conclusão de que não se tratava de traficante ocasional**, mas sim que fazia do tráfico seu meio de vida, ou seja, que se dedicaria a atividades delituosas.

2. **Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas nem seria integrante de organização voltada à prática de crimes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.** [...]

(HC n. 205.206/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 6/3/2012)

[...]

1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.

2. **Na hipótese, destacou a instância ordinária que a quantidade e qualidade da droga apreendida - 10,89 gramas de cocaína (crack), repartidas em 20 porções - além da quantia de R\$ 675,00 demonstram a sua dedicação à atividade criminosa.**

[...]

(HC n. 184.944/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23/3/2012 – grifo nosso)

[...]

1. Não obstante o paciente seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, infere-se que as instâncias ordinárias negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento com base na diversidade e na elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder (33 invólucros plásticos contendo cocaína; 9 invólucros plásticos contendo maconha e 62 invólucros plásticos contendo crack), as quais, somadas à ausência de comprovação de que exercia ocupação lícita, levaram a crer que o sentenciado se dedicaria a atividades delituosas, especialmente ao cometimento do narcotráfico.

2. **Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedicaria a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

3. Ordem denegada.

(HC n. 167.073/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 29/2/2012)

Ressalte-se que o papel da "mula", por ser essencial à prática do tráfico de drogas, **não merece tratamento menos rigoroso do que o dispensado ao traficante propriamente dito.**

A propósito, destaco trecho contido no Informativo n. 661/STF:

[...] Considerou-se que o tráfico internacional não existiria sem o transporte da droga pelas chamadas "mulas". O Min. Gilmar Mendes ressaltou que a **"mula", de fato, integraria a organização criminosa, na medida em que seu trabalho seria condição sine qua non para a narcotraficância internacional. Pressupunha, assim, que toda organização criminosa estruturar-se-ia a partir de divisão de tarefas que objetivasse um fim comum. Assim, inegável que esta tarefa de transporte estaria inserida nesse contexto como essencial. Além disso, asseverou que o legislador não teria intenção de dispensar tratamento menos rigoroso ao "traficante mula" ou, ainda, a outros com "participação de menor importância" e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se esse fosse o propósito, certamente consubstanciaria elementar do tipo. Ter-se-ia, então, um tipo penal derivado.** Vencido o Min. Ayres Britto, relator, que deferia a ordem. HC 101265/SP, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 10.4.2012. (HC-101265)."

No mesmo sentido, confira-se:

"PENAL. TRÁFICO. PENA-BASE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

1. Tendo sido apreendida grande quantidade de droga (mais de três quilos de cocaína), legitimada está a exasperação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base, conforme os ditames do art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

2. Concluído pelo Tribunal a quo que o paciente integrava organização criminosa ("mula" do tráfico), não incide a referida minorante, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

3. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

4. Ordem denegada" (STJ, HC 201.119/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 25/06/2012).

Do Supremo Tribunal Federal, destacam-se, ainda, os seguintes julgados:

"Habeas Corpus. Tráfico transnacional de drogas. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Não preenchimento dos requisitos cumulativos. Participação da paciente em organização criminosa devidamente reconhecida pelas instâncias inferiores. Necessidade de reexame fático e probatório. Inviabilidade. Ordem denegada.

Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é necessário que o agente, cumulativamente, seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso em análise, o reconhecimento de que a paciente integra organização criminosa, considerando-se os concretos elementos probatórios coligidos nos autos, é circunstância suficiente a obstar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

A discussão sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas pelas instâncias inferiores exige a realização de minucioso reexame do lastro fático-probatório dos autos de origem, o que, como se sabe, é incompatível com a restrita via processual do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Precedentes.

Ordem denegada" (STF, HC 101.265/SP, Rel. Ministro AYRES BRITTO, Rel. p/ acórdão Ministro JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/08/2012).

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. 1. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 2. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA EM HABEAS CORPUS. 3. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Paciente que, nos termos do que assentado nas instâncias antecedentes, integra organização criminosa. Precedente.

2. Afastar a premissa de que o Paciente integra organização criminosa demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o habeas corpus.

3. Não há falar em contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República, pois, embora em sentido contrário à pretensão do ora Paciente, o juízo da 4ª Vara de Guarulhos/SP, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o Superior Tribunal de Justiça apresentaram suficiente fundamentação ao decidir pela inaplicabilidade da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Ordem denegada" (STF, HC 109.991/SP, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/12/2011).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256/RS, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei 11.343/2006, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individualizados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente" (STF, HC 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, PLENO, DJe de 16/12/2010).

A partir de então, o STJ passou a adotar o mesmo posicionamento:

"PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO. PENA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Diante do quantum de pena aplicado ao delito cometido sob a égide da Lei n.º 11.343/06, é possível a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal.

2. "A vedação da substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 conflita com o princípio da individualização - Habeas Corpus nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apreciado no Plenário, com julgamento finalizado em 1º de setembro de 2010" (HC-101.205, STF, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe de 8/10/2010.)

3. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravamento regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no HC 121.111/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 17/12/2010).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO NA NOVA LEI DE DROGAS. INTEGRALIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS. HC N.º 97.257/RS. AUSÊNCIA DE CÔMPUTO DA MAJORANTE. OMISSÃO VERIFICADA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a nova Lei de Tóxicos pode ser aplicada aos delitos de tráfico ilícito de drogas cometidos sob a égide do antigo diploma legal, desde que na sua integralidade.

2. São requisitos para que o condenado faça jus à causa de redução da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Reconhecidas tais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias, é imperiosa a aplicação da aludida minorante.

3. Na hipótese, preenchidos os requisitos legais, deve ser aplicada a causa de diminuição no seu patamar máximo (2/3), conforme já afirmado no acórdão ora embargado, levando-se em consideração que foram apreendidos 13,22 g (treze gramas e vinte e dois decigramas) de "maconha".

4. O Paciente foi condenado, como incurso no art. 12, caput, c.c. o art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76, tendo sido mantida a majorante no art. 40, inciso III, da nova Lei de Drogas. Desse modo, faz-se necessário o cômputo dessa causa de aumento na pena reformada pelo acórdão embargado.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/06.

6. Assim, no caso em apreço, levando-se em conta a nova orientação perfilhada no Pretório Excelso, deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos fixados pela Corte de origem.

7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, nos termos explicitados" (STJ, EDcl no HC 122.269/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 22/11/2010).

Desde 15/02/2012, com a edição da Resolução 05/2012, do Senado Federal, foi suspensa a execução da vedação legal, **in verbis**:

"RESOLUÇÃO Nº 5, DE 2012.

Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012".

No caso posto em análise, o benefício da substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos foi negado, com a seguinte fundamentação, **in verbis**:

"Finalmente, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal Brasileiro, **é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou pecuniária** ou, ainda, a suspensão condicional da pena, **tendo em vista a análise desfavorável dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal feita no corpo da sentença e o quantum fixado (pena privativa de liberdade superior a 4 anos)**. Igualmente inviável a concessão de *sursis*, pelos mesmos motivos.

Por essas razões, inclusive, fica **prejudicado o exame da constitucionalidade do artigo 33 § 4º da Lei nº 11.343/2006**, conforme requerido pela defesa, no que toca à vedação à substituição da pena privativa de liberdade, já que a sentença não é ato processual destinado à deliberação de questões *em tese*, ou seja, que não teriam aplicação concreta à situação dos autos" (sentença, fls. 49/50e).

"No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tenho que incabível este pleito, porquanto a norma prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, ao vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não fere, mas, ao contrário, cumpre a Constituição Federal, porquanto referida substituição é incompatível com a necessidade de maior repressão e prevenção aos crimes considerados mais gravosos à sociedade, tais como o de tráfico internacional de entorpecentes.

Destarte, não há falar-se em afronta ao princípio da individualização da pena, e, portanto, na declaração incidental de inconstitucionalidade daquela norma por esta E. Corte.

Ademais, a grande potencialidade e efeitos maléficos da drogas trazida pelo recorrente (cocaína) são circunstâncias suficientes a revelar que o acusado não cumpre os requisitos subjetivos previstos nos artigos 59 e 44, inciso III, ambos do Código Penal, de maneira que, também por essa razão, não faz ele jus à pretendida substituição" (acórdão, fl. 159e).

Observa-se que o benefício foi negado, sobretudo pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu e pelo **quantum** da pena final aplicada (6 anos, 10 meses e 25 dias de reclusão).

No mesmo sentido, confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DO PERCENTUAL RELATIVO À CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, EM RAZÃO DA GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. NÃO CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA, DADAS AS PECULIARIDADES DO CASO.

(...)

3. Não é cabível a substituição da pena, pois fixada em patamar superior ao mínimo legal previsto no art. 44 do Código Penal.

4. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no HC 186.376/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 20/08/2012).

No caso, tendo as instâncias ordinárias valorado os elementos dos autos, à luz dos critérios estabelecidos nos arts. 44 e 59 do Código Penal, para negar a possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva, aplicada ao paciente, por penas restritivas de direitos, inexistente ilegalidade a ser sanada, mediante concessão da ordem, de ofício, mesmo porque a pena definitiva aplicada é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, desatendido, assim, igualmente, o art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do presente **Habeas corpus**.

Oficie-se ao eminente Ministro CELSO DE MELLO, Relator do **Habeas corpus** 115.178/SP, no Supremo Tribunal Federal (fls. 251/266e), encaminhando-lhe cópia do presente acórdão.

Oficie-se ao Conselho Nacional de Justiça, em resposta ao Ofício 2.425/DMF – que deve ser juntado aos autos –, informando o julgamento do presente writ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0048153-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.418 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200961190003459 3450520094036119

EM MESA

JULGADO: 06/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : DANIEL SEGUNDO MARTINEZ

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.