



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.319 - ES (2011/0251172-7)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LEONARDO RODRIGUES BRITO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO EM 1/3 FUNDAMENTADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. 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 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. Na hipótese, 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, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. O reexame da dosimetria em sede de *mandamus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

V. Na sistemática da novel Lei de Drogas, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido passaram a preponderar sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, quando da fixação da pena-base, bem como ao se definir o *quantum* de redução de pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não havendo que se falar em *bis in idem*.

VI. Tendo o delito sido praticado após o advento da Lei 11.467/07, o regime prisional cabível aos apenados pela prática de crimes hediondos e daqueles a estes equiparados é o inicialmente fechado.

I. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.319 - ES (2011/0251172-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que negou provimento ao apelo interposto por LEONARDO RODRIGUES BRITO.

O paciente foi condenado à pena de 03 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes.

Irresignada, a Defesa apelou ao Colegiado de origem, buscando reduzir a pena-base, já que esta teria sido majorada em razão da quantidade de droga apreendida com o réu. De igual modo, asseverou que tal circunstância não justifica a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em seu patamar mínimo. Pugnou, ainda, pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O apelo defensivo restou desprovido, sem discrepância de votos, mantendo-se o inteiro teor do decreto condenatório.

Eis a ementa do referido julgado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006) - EMPREGO DE IDÊNTICOS FUNDAMENTOS PARA ELEVAR A PENA-BASE E APLICAR A FRAÇÃO MÍNIMA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS) - INOCORRÊNCIA - ELEMENTOS QUE DENOTAM QUE O RÉU DEDICAVA-SE À TRAFICÂNCIA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - MEDIDA DESACONSELHÁVEL - REGIME DE CUMPRIMENTO - INICIAL FECHADO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O exame detido das razões que levaram o magistrado da instância inaugural a consagrar a parcela mínima de minoração da pena atinente ao art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, denota que, em realidade, não houve reprodução dos fundamentos considerados para a elevação da pena-base, consistentes na natureza e quantidade dos entorpecentes encontrados em poder do réu, tendo sido invocado o fato fazer parte, junto com outras pessoas, de estrutura montada para a consuação de tal delito, o que, inclusive, impediria a incidência da benesse em questão, motivo pelo qual não há que se falar no aumento da parcela reconhecida na sentença.

Conquanto haja o preenchimento do requisito objetivo para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, foram reconhecidas circunstâncias desfavoráveis ao recorrente, afastando, assim, a satisfação do inc. III, do art. 44, do CP.

Apesar de a quantidade de reprimenda autorizar a inclusão do réu no regime semiaberto para o cumprimento da pena, deve ser preservada a previsão do regime de inicial fechado contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, vez que a jurisprudência dos tribunais superiores ainda não é firme quanto à superação de tal determinação legal, contando com posicionamento divergente no Superior Tribunal de Justiça e julgado inédito no âmbito de uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal, o que - ao menos até que a questão não seja pacificada junto às mencionadas Cortes - impõe a observância do texto legal" (fl. 27).

Daí a presente impetração, na qual a Defesa sustenta que o Magistrado processante, ao reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da novel Lei de Drogas no patamar de 1/3, olvidou-se de apresentar motivação idônea, notadamente pelo fato de a quantidade de droga apreendida não afastar a possibilidade de redução da pena em 2/3.

Aduz, ainda, que a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado aos apenados pela prática do crime de tráfico de drogas, sempre que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP forem favoráveis. Assevera, ainda, que tal posicionamento passou a ser encampado por esta Corte.

Alega, por outro lado, que a Súmula/STJ nº 440 veda a imposição de regime mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda, sempre que a pena-base houver sido fixada no mínimo legal, com esteio na gravidade genérica do delito.

Pugna, assim, pela incidência do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos em seu patamar máximo, bem como pela fixação de regime menos gravoso para o desconto da pena.

Liminar indeferida à fl. 38.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 46/49, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.319 - ES (2011/0251172-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que negou provimento ao apelo interposto por LEONARDO RODRIGUES BRITO.

O paciente foi condenado à pena de 03 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes.

Irresignada, a Defesa apelou ao Colegiado de origem, buscando reduzir a pena-base, já que esta teria sido majorada em razão da quantidade de droga apreendida com o réu. De igual modo, asseverou que tal circunstância não justifica a aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em seu patamar mínimo. Pugnou, ainda, pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O apelo defensivo restou desprovido, sem discrepância de votos, mantendo-se o inteiro teor do decreto condenatório.

Daí a presente impetração, na qual a Defesa sustenta que o Magistrado processante, ao reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da novel Lei de Drogas no patamar de 1/3, olvidou-se de apresentar motivação idônea, notadamente pelo fato de a quantidade de droga apreendida não afastar a possibilidade de redução da pena em 2/3.

Aduz, ainda, que a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado aos apenados pela prática do crime de tráfico de drogas, sempre que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP forem favoráveis. Assevera, ainda, que tal posicionamento passou a ser encampado por esta Corte.

Alega, por outro lado, que a Súmula/STJ nº 440 veda a imposição de regime mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda, sempre que a pena-base houver sido fixada no mínimo legal, com esteio na gravidade genérica do delito.

Pugna, assim, pela incidência do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos em seu patamar máximo, bem como pela fixação de regime menos gravoso para o desconto da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo à análise da irresignação.

Mediante consulta ao sítio eletrônico da Corte estadual, constata-se que não houve a interposição de qualquer outro recurso após o julgamento do acórdão recorrido, ocorrendo o trânsito em julgado do decreto condenatório em 19/10/2011, com a remessa dos autos à comarca de origem.

Nesse contexto, depreende-se que a impetrante não buscou o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, ao se utilizar da via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

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.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração 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*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela 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.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ” (HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011)

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

Ademais, o presente caso não revela a ocorrência de qualquer situação de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *habeas corpus*.

Com efeito, na sistemática da novel Lei de Drogas, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido passaram a preponderar sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, quando da fixação da pena-base. De igual modo, compete ao Magistrado processante, ao definir o *quantum* de redução de pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sopesar a potencialidade lesiva e a quantidade de entorpecente apreendido, não havendo que se falar em *bis in idem*.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado esta Turma:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR INTERMEDIÁRIO DE 5/12 (CINCO DOZE AVOS) DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. FORMA DE ACONDICIONAMENTO E NATUREZA DA DROGA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 11.464/07. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. ORDEM 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 Drogas.

2. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza da droga apreendida - 25 (vinte e cinco) pedras de "crack",



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

embaladas em invólucros plásticos - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

3. 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 art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

4. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, tendo em vista as peculiaridades do caso, que justificaram, aliás, a aplicação do redutor em patamar intermediário, em razão da natureza da droga apreendida. Precedentes.

5. Sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007.

6. Ordem denegada" (HC 163495 / SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19/10/2011).

De outra banda, tendo o delito sido praticado após o advento da Lei 11.467/07, o regime prisional cabível aos apenados pela prática de crimes hediondos e daqueles a estes equiparados é o inicialmente fechado.

Assim, não se depreende flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, bem como na fixação do regime prisional imposto ao ora paciente.

Ante o exposto, denego a ordem, nos termos acima deduzidos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0251172-7

HC 222.319 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 24100245935

EM MESA

JULGADO: 07/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: LEONARDO RODRIGUES BRITO (PRESO)

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.