



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.734 - SP (2011/0297007-0)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DEODATO DOS SANTOS

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR DE PENA AFASTADA DE FORMA FUNDAMENTADA. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. 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, o que não restou evidenciado no caso em apreço.

V. Tendo o Colegiado de origem afastado a possibilidade de concessão do benefício ao paciente, com esteio em provas produzidas nos autos, maiores considerações acerca do tema demandariam revolvimento do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de *writ*.

V. Não há que se falar em *bis in idem* quando o Magistrado, na dosimetria da reprimenda, considerou a quantidade e qualidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases de aplicação da pena, já que tais circunstâncias foram sopesadas com escopos distintos, quais sejam, para majorar a pena base acima do mínimo legal e afastar o abrandamento da pena pela incidência da minorante (Precedente).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

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), 06 de março de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.734 - SP (2011/0297007-0)

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 de São Paulo, que deu provimento ao apelo ministerial e desproveu o recurso interposto por CARLOS HENRIQUE DEODATO DOS SANTOS.

O paciente foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, da Lei de Drogas, com o reconhecimento da incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal.

Irresignados, o *Parquet* e a Defesa apelaram da sentença. O Órgão ministerial buscou afastar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 à espécie dos autos. Por seu turno, a Defesa pugnou pela absolvição do réu por insuficiência de provas, ou, subsidiariamente, pela aplicação do redutor em seu patamar máximo, assim como pelo estabelecimento do regime aberto e conversão da pena corporal por restritiva de direitos.

O Colegiado de origem negou provimento ao recurso defensivo e acolheu o apelo ministerial, conforme se infere da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INFRAÇÃO COMETIDA NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI DE TÓXICOS DEMONSTRADA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NÃO CABIMENTO BENEFÍCIO EXCLUÍDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE ANTE A EXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. MULTA PREVISTA NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06 INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO, ACOLHIDO O MINISTERIAL PARA O FIM DE AFASTAR O BENEFÍCIO PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06, E REDUÇÃO RESPECTIVA DA PENA" (fl. 29).

Dai o presente *habeas corpus*, no qual o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, caracterizado pelo não reconhecimento do redutor de pena previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas pela Corte *a quo*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirma, para tanto, que a quantidade e qualidade de drogas apreendida com o paciente não pode justificar a majoração da pena base acima do piso legal e, ao mesmo tempo, servir como óbice à aplicação da aludida redutora, sob pena de *bis in idem*.

Aduz, ainda, se tratar de réu primário e de bons antecedentes, sem que tenha sido demonstrada a prática reiterada da narcotraficância.

Pugna, assim, pelo restabelecimento do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, que deve ser aplicado em sua fração máxima, qual seja, em 2/3 (dois terços).

Liminar indeferida à fl. 50.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 58/61, opinando pelo indeferimento do writ.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.734 - SP (2011/0297007-0)

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 de São Paulo, que deu provimento ao apelo ministerial e desproveu o recurso interposto por CARLOS HENRIQUE DEODATO DOS SANTOS.

O paciente foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, da Lei de Drogas, com o reconhecimento da incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal.

Irresignados, o *Parquet* e a Defesa apelaram da sentença. O Órgão ministerial buscou afastar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 à espécie dos autos. Por seu turno, a Defesa pugnou pela absolvição do réu por insuficiência de provas, ou, subsidiariamente, pela aplicação do redutor em seu patamar máximo, assim como pelo estabelecimento do regime aberto e conversão da pena corporal por restritiva de direitos.

O Colegiado de origem negou provimento ao recurso defensivo e acolheu o apelo ministerial, tendo afastado a incidência da referida causa de redução de pena.

Dai o presente *habeas corpus*, no qual o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, caracterizado pelo não reconhecimento do redutor de pena previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas pela Corte *a quo*.

Afirma, para tanto, que a quantidade e qualidade de drogas apreendida com o paciente não pode justificar a majoração da pena base acima do piso legal e, ao mesmo tempo, servir como óbice à aplicação da aludida redutora, sob pena de *bis in idem*.

Aduz, ainda, se tratar de réu primário e de bons antecedentes, sem que tenha sido demonstrada a prática reiterada da narcotraficância.

Pugna, assim, pelo restabelecimento do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, que deve ser aplicado em sua fração máxima, qual seja, em 2/3 (dois terços).

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrendo o trânsito em julgado do decreto condenatório, com a remessa dos autos à comarca de origem no dia 09.11.2011. Denota-se, portanto, não ter a impetrante buscado o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, ao utilizar a 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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, o que não resta evidenciado na espécie dos autos.

De fato, a hipótese não revela a ocorrência de qualquer situação de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *habeas corpus*.

Com efeito, o Tribunal *a quo*, ao afastar a incidência do redutor de pena trazido pela novel Lei de Drogas, asseverou:

"Segundo consta dos autos, o réu é primário e não registra antecedentes criminais, mas é certo que, como acima visto, foi preso em flagrante delito na posse de considerável quantidade e variedade de entorpecentes, além do que, isso ocorreu em local conhecido como ponto de tráfico. Tais circunstâncias impedem a aplicação da benesse, pois comprovam de forma segura que ele se dedicava ao narcotráfico. Fazia disso seu meio de vida. Está mais que evidente que não se cuida de um pequeno traficante ocasional" (fl. 36).

Como cediço, compete ao Julgador, após a análise dos requisitos estipulados no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, verificar a viabilidade da aplicação do redutor de pena, bem como fixar *quantum* de redução pertinente ao caso, levando em consideração, inclusive, a quantidade e a variedade de droga que restou apreendida em posse do agente.

Na hipótese, tendo o Colegiado de origem afastado a possibilidade de concessão do benefício ao paciente, com esteio em provas produzidas nos autos, maiores considerações acerca do tema demandariam revolvimento do conjunto fático-comprobatório, o que é vedado em sede de *writ*.

De outra banda, não há que se falar em *bis in idem* quando o Magistrado, na dosimetria da reprimenda, considerou a quantidade e qualidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases de aplicação da pena, já que tais circunstâncias foram sopesadas com escopos distintos, quais sejam, para majorar a pena base acima do mínimo legal e afastar o abrandamento da pena pela incidência da minorante.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS CONCRETOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

2. Verificado que o sentenciante abordou, de forma adequada e fundamentada, não só os elementos constantes do art. 59 do CP, como também levou em consideração a natureza e a quantidade da droga apreendida - 4,41 kg de cocaína - não há que se falar em constrangimento ilegal quando a pena-base foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que há fundamentos concretos dos autos que justificam maior reprimenda.

ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. QUANTUM DE REDUÇÃO. PATAMAR MÍNIMO. QUANTIDADE ELEVADA DE DROGAS. MENOR FRAÇÃO. PREVENÇÃO E REPRESSÃO.

1. O legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, deixando de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e maior frações indicadas para a mitigação, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que devem ser consideradas as circunstâncias previstas no art. 59 do CP e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos.

2. Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor no percentual mínimo de 1/6, de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n.º 11.343/06 e 59 do CP, dada a quantidade e a espécie de entorpecente encontrado em poder do paciente.

3. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a redução a maior na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

ART. 40, INCISO I, DA LEI 11.343/06. NEGATIVA. VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA MATÉRIA. ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS QUE EVIDENCIAM A TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA.

1. Para examinar-se se efetivamente não ficou evidenciada a transnacionalidade do delito, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

2. O acórdão combatido apresenta conjunto probatório coeso quanto à transnacionalidade do delito de tráfico de drogas - inclusive



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destacando que foram juntadas aos autos passagens de empresa boliviana com o trecho Puerto Suarez/Bolívia - Rio de Janeiro/RJ -, não se possibilitando, sobretudo em razão da via estreita do habeas corpus, a desconstituição de tal conclusão.

3. Inviável substituir-se a sanção reclusiva por restritivas de direitos, não só em razão da quantidade de pena finalmente estabelecida, superior a 4 (quatro) anos de reclusão, como também tendo em vista o estabelecido na parte final do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei n.º 11.343/06, que vedam a conversão in casu.

4. Ordem denegada (HC 124898 / MS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/10/2010).

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0297007-0

HC 227.734 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10052010 3532010 454757720108260050 50100454755

EM MESA

JULGADO: 06/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DEODATO DOS SANTOS

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.