



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.009 - MS (2011/0239811-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : HENOCH CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENOCH CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PAULO ALBERTO MENACHO DA ROCHA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

4. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NEGATIVIDADE. ARTS. 59 DO CP E 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA É IDÔNEA. ILEGALIDADE AUSENTE.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da pena deve-se 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 11.343/06.

2. Verificado que se levou em consideração especialmente a natureza altamente lesiva e a expressiva quantidade da droga apreendida - **mais de 9 quilos de cocaína** -, não há que se falar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DO TÓXICO ENCONTRADO. MITIGAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

1. 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, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas a natureza altamente danosa e a quantidade de substância entorpecente apreendida em poder do paciente - **mais de 9 quilos de cocaína**.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E IMPOSIÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. BENEFÍCIOS OBJETIVAMENTE INVIÁVEIS. PREJUDICIALIDADE DO MANDAMUS NESSES PONTOS.

1. Ausente ilegalidade na aplicação da pena do paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos e o estabelecimento do regime aberto para o início do resgate da sanção, pois objetivamente inviáveis na hipótese, de acordo com os arts. 44, I, e 33, § 2º, c, ambos do CP.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.009 - MS (2011/0239811-2)

IMPETRANTE : HENOCK CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENOCK CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL
PACIENTE : PAULO ALBERTO MENACHO DA ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de PAULO ALBERTO MENACHO DA ROCHA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que, julgando a Apelação nº 2011.021471-3, aforada pelas partes, negou provimento à irresignação defensiva e acolheu parcialmente o recurso ministerial para reduzir para 1/6 (um sexto) a fração de diminuição da pena em razão do previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, restando a reprimenda do paciente definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação adequada para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Assevera ainda que foram erroneamente consideradas negativas as circunstâncias judiciais da culpabilidade, da conduta social e da quantidade e natureza da droga, defendendo que estas duas últimas não poderiam ser consideradas "*como indicativo de elevada culpabilidade, já que se trata de elemento inerente ao próprio tipo penal*" (fls. 6), e aduzindo que não haveria nos autos qualquer informação negativa acerca da conduta social do paciente.

Afirma, outrossim, as mesmas circunstâncias judiciais consideradas para exasperar a pena-base teriam sido utilizadas para negar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo, em indevido *bis in idem*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaca que os Tribunais Pátrios estariam reconhecendo a possibilidade de fixação do regime inicial aberto aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, desde que compatível com a quantidade de reprimenda aplicada e consideradas as circunstâncias judiciais, de acordo com art. 33, § 2º, c e § 3º do Código Penal.

Afirma que o paciente teria direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que preencheria todos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Requeru, liminarmente, a fixação do regime inicial aberto, e no mérito, a redução da pena-base, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo, a fixação do regime aberto e, por fim, a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.009 - MS (2011/0239811-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o Recurso Especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, ao cumprimento de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, pela prática da infração capitulada no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia **29-9-2009**, "*o acusado foi flagrado por Policiais Federais transportando 9,555 Kg de cocaína no interior do veículo Gol identificado na inicial vindo de Corumbá, rumo à Campo Grande*" (fls. 179).

Inconformadas, as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e acolheu parcialmente o reclamo ministerial para reduzir para 1/6 (um sexto) a fração de diminuição da pena em razão do previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, restando a reprimenda do paciente definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no at. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

No que se refere à sustentada ilegalidade na pena-base imposta ao paciente, verifica-se que o juiz singular, após a análise das circunstâncias judiciais, fixou a reprimenda, na primeira etapa da dosimetria, em 7 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, tecendo as seguintes considerações:

O ato do acusado foi reprovável, pois o comércio de substância entorpecente é uma das causas que acentua a violência e desagrega família. O acusado não registra antecedentes criminais e não há informações acerca de sua conduta social, presumindo-se ser boa. A quantidade da droga apreendida indica que as consequências do crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seriam maiores, porquanto atingiria maior número de vítimas. Assim, diante das circunstâncias acima expostas fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e no pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, fixados no valor correspondente a um trigésimo do salário mínimo. (fls. 181)

A Corte impetrada, por sua vez, houve por bem manter o aumento da reprimenda básica, sob a seguinte fundamentação:

*A pena-base privativa de liberdade foi fixada em 7 (sete) anos de reclusão, ou seja, 2 anos, acima do mínimo legal, face à culpabilidade e as consequências, que extrapolaram os limites normais do tipo, em razão da elevada quantidade do entorpecente apreendido, 9.555g (nove mil quinhentos e cinquenta e cinco gramas) de cocaína (f. 12, 16 e f. 37-39). De uma análise detida dos autos, constato que inexistente reparo no que diz respeito a fixação da pena-base acima do mínimo legal, visto que a mesma foi aplicada de forma fundamentada, nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal, sopesado-se as circunstâncias gerais do artigo 59 do Código Penal, em conjunto com as especiais previstas no artigo 42 da Lei Antidrogas, levando **em consideração a elevada quantidade e natureza lesiva da droga** apreendida em poder de Paulo Alberto Menacho da Rocha, demonstrando ousadia, já que apta a atingir um número grande de usuários, mostrando-se devidamente justificada a majoração efetivada pelo magistrado monocrático, visando a coibir o tráfico ilícito, revelando, assim, a necessidade, na espécie, de uma maior censura penal.*

[...]

Portanto, sem razão o Ministério Público e a defesa, pois inexistente reparo na sentença no tocante à fixação da pena-base, sendo adequada e proporcional ao caso em apreço. (fls. 317-319)

Para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro de uma discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, e, em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, deve considerar, ainda, e 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese em apreço, verifica-se que o Tribunal *a quo* houve por bem manter a reprimenda básica acima do mínimo legal, **em razão especialmente, da natureza e da quantidade de substância entorpecente apreendida**, não se podendo, por isso, considerar ilegal o acórdão impugnado no ponto em que manteve a pena-base, irrogada 2 (dois) anos acima do mínimo legalmente previsto para o tipo, já que devidamente motivada, encontrando respaldo no previsto no art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, segundo consta dos autos, o paciente foi preso por policiais federais que, *"em busca no veículo, no interior do tanque de combustível, encontraram 08 (oito) pacotes e 03 (três) garrafas plásticas contendo um total de 9Kg e 555g da droga conhecida como "cocaína"* (fls. 31), o que evidencia que a Corte Estadual, na análise da fixação da pena-base, atuou em consonância com o disposto nos arts. 59 do CP e 42 da Lei nº 11.343/06, considerando as circunstâncias desfavoráveis em que cometido o ilícito e ainda, com preponderância, a natureza altamente lesiva e a elevada quantidade da droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o condenado nesse ponto.

A propósito, segundo orientação dessa Corte Superior de Justiça, *"A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal"* (HC nº 165.387/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8-2-2011, DJe 21-2-2011).

Por essas razões, justamente porque verificada a adequação da análise das circunstâncias judiciais, não há que se falar em ilegalidade quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, já que apontados fundamentos concretos aptos a justificar maior reprimenda.

Relativamente à causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, verifica-se que o juiz sentenciante houve por bem aplicar a benesse, nestes termos:

Considerando que o acusado não registra antecedentes criminais, o fato que lhe foi imputado é isolado e não integra organização criminosa, nos termos do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, reduzo a pena em dois terços, passando para dois (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa. (fls. 181)

A Corte impetrada, por sua vez, ao dar parcial provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, alterou o montante da fração em razão da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 para 1/6 (um sexto), aumentando a reprimenda do paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, assim argumentando:

*Desta forma, não há que se obstar a incidência de referida minorante, apenas com base na quantidade de droga envolvida no crime. **Salienta-se, apenas, que, em razão da enorme quantidade de droga apreendida, a minorante deve incidir no patamar de 1/6 (um sexto), como entende a acusação.***

É que “na esteira de firme entendimento sufragado no âmbito desta Quinta Turma, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução (HC 127.247/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 26-10-2009).(STJ.HC 112645/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 15/03/2010)”.

No caso, a grande quantidade de cocaína apreendida com o apelado, qual seja, 9.555g (nove mil quinhentos e cinquenta e cinco gramas), às f. 12, 16 e f. 37-39 e as circunstâncias negativas do delito apontam que o percentual de redução deve ficar no mínimo legal (1/6).
(fls. 321 - destacamos)

Quanto aos critérios para escolha do patamar de redução, tem-se que o legislador previu 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, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: “O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ponto em que alterou a fração da redução de pena insculpida no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que a expressiva quantidade e a natureza da droga apreendida - **9.555g (nove mil quinhentos e cinquenta e cinco gramas) de cocaína** - justificam a aplicação de fração da redução no patamar estabelecido, qual seja, de 1/6 (um sexto), sobretudo em razão do potencial altamente lesivo à saúde pública da substância entorpecente capturada, maior do que a de outras drogas, com exceção do *crack*.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. IMPETRAÇÃO CONCOMITANTE COM EMBARGOS INFRINGENTES. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO DE 1/6. PRETENSÃO PELO MÁXIMO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Impetrado este habeas corpus concomitantemente com a interposição de embargos infringentes, o seu manejo apresenta-se inadequado, pois com nítidas feições de sucedâneo recursal, tentando transformar esta Corte em terceira instância revisora.

*2. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie, **dada correta aplicação da causa especial de diminuição pelo mínimo (1/6), em razão da grande quantidade de cocaína apreendida (mais de seis quilos e quatrocentos gramas).***

Conclusão firmada no Tribunal de origem que não pode ser elidida, porque demanda dilação probatória não condizente com a via eleita.

3. Ordem denegada.

(HC 144.960/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 25/04/2012)

Apenas ressalte-se que, ao contrário do afirmado na impetração, não há ilegalidade no fato de haver sido considerada a quantidade de droga apreendida para agravar a pena-base e para a fixação do *quantum* de aplicação da referida minorante, na medida em que tal procedimento não caracteriza *bis in idem*, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA, NA HIPÓTESE, DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006, EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Paciente condenado à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime fechado, mais 334 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 12/11/2009 com 01 porção de cocaína (52,7g), ocasião em que os milicianos localizaram expressiva quantidade de droga na residência do Apenado.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar 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.

3. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a grande quantidade da droga apreendida - 02 porções de cocaína (peso: 52,7g e 366,9g), 15 pacotes da mesma droga (peso: 205,0g e 129g), 02 porções de maconha (massa: 35g), além de uma balança de precisão e material para acondicionar o entorpecente -, justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo.

4. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.

5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, em razão das peculiaridades do caso, que justificaram, aliás, a aplicação da minorante no patamar de 1/3 (um terço), motivo pelo qual 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. Habeas corpus denegado.

(HC 231.589/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 27/04/2012 - destacamos)

Assim, ausente constrangimento ilegal a ser sanado de ofício neste ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente ilegalidade na reprimenda do paciente no patamar fixado pelas instâncias ordinárias, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos e o estabelecimento do regime aberto para o início do resgate da sanção, pois objetivamente inviáveis na hipótese, de acordo com os arts. 44, I, e 33, § 2º, c, ambos do CP.

Ademais, a gravidade concreta da conduta criminosa praticada pelo agente, dadas a quantidade e natureza da substância entorpecente encontrada em seu poder, por si sós, já justificariam o estabelecimento do regime mais severo de execução, segundo precedentes deste Tribunal Superior.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0239811-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 221.009 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110214713 47100017300

EM MESA

JULGADO: 04/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
ADVOGADO : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PAULO ALBERTO MENACHO DA ROCHA (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, não conheceu do pedido."

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