



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.858 - MS (2013/0097006-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : FABIO RONALDO LUZIA BISPO DE SENA (PRESO)
PACIENTE : THAICY COSTA FERREIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DA AGENTE AO TRÁFICO DE DROGAS. INCURSÃO EM FATOS E PROVAS. VIA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos moldes da jurisprudência consolidada desta Corte, não há falar em ilegalidade na dosimetria se as instâncias de origem fundamentaram concretamente a fixação da pena no patamar estabelecido. A dosagem da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório. Precedentes.

3. Considerando a natureza e variedade das drogas, bem como as circunstâncias do crime (envolvimento de menor) como circunstâncias judiciais preponderantes, nos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, e a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas aos delitos de tráfico de drogas de 5 a 15 anos de reclusão, não se identifica qualquer violação do art. 59 do CP, porquanto apresentados elementos idôneos aptos a justificar o aumento das reprimendas, na primeira fase.

4. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que a paciente se dedica ao comércio de entorpecentes, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probante dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido.



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, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.858 - MS (2013/0097006-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : FABIO RONALDO LUZIA BISPO DE SENA (PRESO)
PACIENTE : THAICY COSTA FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso com pedido liminar impetrado em favor de **FABIO RONALDO LUZIA BISPO DE SENA** e **THAICY COSTA FERREIRA**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Consta nos autos que os pacientes foram condenados pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, às penas de: (a) **Fabio**, 13 (treze) anos, 3 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mais 1.749 (mil setecentos e quarenta e nove) dias-multa; e (b) **Thaicy**, 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 1.249 (mil duzentos e quarenta e nove) dias-multa, ambos no regime fechado.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para **absolver** os pacientes do crime de **associação ao tráfico**, mantida no mais a sentença condenatória, de modo a restar as penas de **8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa para Fabio** e **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa para Thaicy**.

Neste *writ*, sustenta o impetrante constrangimento ilegal diante da fixação da pena-base acima do mínimo legal de modo inidôneo, bem como em face da não incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 para a paciente Thaicy, embora preenchidos os requisitos legais. No ponto, alega que deve ser readequado, por consequência, o regime ao modo aberto e assegurada a substituição da pena privativa por restritivas de direitos.

Requer a concessão da ordem nos termos da irresignação impetrada.

Sem pedido liminar, foram dispensadas as informações.

O Ministério Público Federal opinou pela parcial concessão da ordem (e-STJ, fls. 323-328).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 267.858 - MS (2013/0097006-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : FABIO RONALDO LUZIA BISPO DE SENA (PRESO)

PACIENTE : THAICY COSTA FERREIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DA AGENTE AO TRÁFICO DE DROGAS. INCURSÃO EM FATOS E PROVAS. VIA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos moldes da jurisprudência consolidada desta Corte, não há falar em ilegalidade na dosimetria se as instâncias de origem fundamentaram concretamente a fixação da pena no patamar estabelecido. A dosagem da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório. Precedentes.

3. Considerando a natureza e variedade das drogas, bem como as circunstâncias do crime (envolvimento de menor) como circunstâncias judiciais preponderantes, nos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, e a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas aos delitos de tráfico de drogas de 5 a 15 anos de reclusão, não se identifica qualquer violação do art. 59 do CP, porquanto apresentados elementos idôneos aptos a justificar o aumento das reprimendas, na primeira fase.

4. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que a paciente se dedica ao comércio de entorpecentes, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probante dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

De início, para melhor deslinde da controvérsia, cumpre citar trecho da sentença condenatória pertinente à dosimetria penal do tráfico de drogas, mantida na íntegra em grau recursal:

[3].1. Em relação ao condenado Fábio Ronaldo Luzia Bispo de Sena.

Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifica-se que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto comum para esse tipo de crime; os antecedentes não lhe prejudicam, já que a condenação anterior com trânsito em julgado que registra será considerada na segunda fase da fixação da pena, a fim de se evitar o bis in idem; a conduta social e a personalidade do agente serão analisadas abaixo, como circunstâncias preponderantes; os motivos da infração penal não desbordaram da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; **as circunstâncias devem aumentar a pena-base**, já que a prática do crime em questão envolveu adolescente, o que muito influencia na formação pessoal e social deste, favorecendo ao desenvolvimento da personalidade voltada para a prática de infrações penais; além disso, não há que se olvidar da pluralidade de substâncias entorpecentes, sendo apreendidas maconhas e cocaína; as circunstâncias não desbordam da normalidade para esse espécie de crime; não há que se falar, na espécie, em comportamento da vítima.

Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais preponderantes: a quantidade de substância entorpecente não prejudica o réu, porquanto ínfima para justificar a exasperação da pena base, contudo, **a natureza corrobora em seu desfavor**, já que, dentre elas, foi apreendida “cocaína”. “Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes” (STJ, HC 187.330/MG, j. 03/05/2011); a conduta social não restou esclarecida nos autos; inexistem elementos suficientes para se definir a personalidade do agente.

Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na segunda fase, constata-se que o réu possui duas condenações anteriores transitadas em julgado pela prática de crime doloso, sendo uma delas, inclusive, pela prática do crime de tráfico de drogas **(reincidente específico)**, restando configurada a agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Por tal razão, agravo a pena já fixada, quedando-se a pena intermediária em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa.

Na terceira fase, deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 1.343/06, porquanto o condenado é reincidente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante da inexistência de outras majorante e minorantes, fixo a pena definitiva em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesesseis) dias-multa.

[3].2. Em relação à condenada Thaicy Costa Ferreira.

[A]nalisando as **circunstâncias do art. 59 do Código Penal**, verifica-se que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto comum para esse tipo de crime; os antecedentes não lhe prejudicam, já que não possui condenação anterior com trânsito em julgado sem condições de gerar reincidência; a conduta social e a personalidade do agente serão analisadas abaixo, como circunstâncias preponderantes; os motivos da infração penal não desbordaram da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as **circunstâncias devem aumentar a pena-base**, já que a prática do crime em questão envolveu adolescente, o que muito influencia na formação pessoal e social deste, favorecendo ao desenvolvimento da personalidade voltada para a prática de infrações penais; além disso, não há que se olvidar da pluralidade de substâncias entorpecentes, sendo apreendidas maconhas e cocaína; as consequências não desbordam da normalidade para esse espécie de crime; não há que se falar, na espécie, em comportamento da vítima.

Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais preponderantes: a quantidade de substância entorpecente não prejudica o réu, porquanto ínfima para justificar a exasperação da pena base, contudo, **a natureza corrobora em seu desfavor**, já que, dentre elas, foi apreendida “cocaína”. “Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes” (STJ, HC 187.330/MG, j. 03/05/2011); a conduta social não restou esclarecida nos autos; inexistem elementos suficientes para se definir a personalidade do agente.

Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na segunda fase, devem ser reconhecidas as atenuantes genéricas da menoridade relativa e confissão espontânea, previstas no art. 65, I e III, “d”, do Código Penal, motivo pelo qual atenuo a pena já fixada, quedando-se uma pena intermediária de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na terceira fase, deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, porquanto a condenada integra organização criminosa e se dedica a atividades criminosas. Diante da inexistência de outras majorante e minorantes, fixo a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa” (e-STJ, fls. 182-188).

Nos moldes da jurisprudência consolidada desta Corte, não há falar em ilegalidade na dosimetria se as instâncias de origem fundamentaram concretamente a fixação da pena no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar estabelecido.

A esse respeito:

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço.

4. As instâncias de origem utilizaram, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.

5. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.

6. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 342.659/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/04/2016)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Não se vislumbra nenhuma irregularidade na sentença que, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado, fixou a pena-base no seu mínimo legal, na primeira fase, e reduziu-a em 1/3 na terceira fase, em virtude da tentativa, o que não demonstra arbitrariedade ou desproporcionalidade, sendo suficiente para reprovação do crime.

3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado se a redução da pena, em razão da tentativa, ocorreu de forma devidamente fundamentada no *iter criminis* percorrido pelo agente na prática delitiva.

4. A análise do caminho percorrido pelo agente demanda incursão na seara fático-probatória, o que não é admitido na via estreita do *habeas corpus*.

5. O Código de Processo Penal não define erro material nem fixa hipóteses ou meios de saná-lo. A matéria segue o regramento do Código de Processo Civil, cujo artigo 463, I, é aplicado subsidiariamente às ações penais, autorizando a alteração do julgado, mesmo após sua publicação, para sanar inexatidões materiais ou erros de cálculo. [...] (HC 167.789/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 13/03/2015)

A dosagem da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Quanto ao tema, ao seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. DOSIMETRIA DA PENA. AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Não é viável, na via estreita do *habeas corpus*, o reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais. O que está autorizado é apenas o controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades. No caso, entretanto, não se constata qualquer vício apto a justificar o redimensionamento da pena-base. Precedentes. 2. Destacado pela instância ordinária a inexistência de confissão espontânea, torna-se inviável proceder ao revolvimento de fatos e provas com vistas a emprestar ao relato da paciente o grau de valoração exigido para qualificá-lo como atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (HC 129.920 AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, DJe 18-12-2015)

"PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - A exacerbação da pena-base deveu-se a fatos concretos existentes nos autos. Havendo uma circunstância judicial desfavorável ao paciente já é o bastante para a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedente.

II - A dosimetria da pena, bem revista pelas instâncias inferiores (TJ estadual e STJ), foi mantida. Entender de modo diverso exige, necessariamente, aprofundamento na análise dos elementos fático-probatórios, incabível na via eleita.

III - Não se presta o *habeas corpus* para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual foi condenado o paciente. Precedentes.

IV - Ordem denegada." (HC 117381, Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 03-12-2013.)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço.

4. As instâncias de origem utilizaram, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.

5. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.

6. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 342.659/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/04/2016)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Não se vislumbra nenhuma irregularidade na sentença que, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado, fixou a pena-base no seu mínimo legal, na primeira fase, e reduziu-a em 1/3 na terceira fase, em virtude da tentativa, o que não demonstra arbitrariedade ou desproporcionalidade, sendo suficiente para reprovação do crime.

3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado se a redução da pena, em razão da tentativa, ocorreu de forma devidamente fundamentada no *iter criminis* percorrido pelo agente na prática delitiva.

4. A análise do caminho percorrido pelo agente demanda incursão na seara fático-probatória, o que não é admitido na via estreita do *habeas corpus*.

5. O Código de Processo Penal não define erro material nem fixa hipóteses ou meios de saná-lo. A matéria segue o regramento do Código de Processo Civil, cujo artigo 463, I, é aplicado subsidiariamente às ações penais, autorizando a alteração do julgado, mesmo após sua publicação, para sanar inexatidões materiais ou erros de cálculo. [...] (HC 167.789/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 13/03/2015)

"CRIMINAL. HC. PECULATO. QUADRILHA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGALIDADE DA IMEDIATA EXECUÇÃO DO JULGADO. PRISÃO COMO MERO EFEITO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PECULIARIDADES COMUNS AOS RÉUS QUE AUTORIZAM A EXASPERAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NA PRÁTICA DELITUOSA. PONDERAÇÃO DESSE ASPECTO NA INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO CORRESPONDENTE AO CRIME CONTINUADO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. IMPROPRIEDADE DO *HABEAS CORPUS* PARA MAIOR ANÁLISE. SISTEMA TRIFÁSICO OBSERVADO. ORDEM DENEGADA.

Não há ilegalidade na decisão do Tribunal que, confirmando a condenação, determina a prisão do réu, dando início à execução da pena, pois a custódia se traduz em mero efeito da condenação. Tanto o recurso especial, quanto o extraordinário, não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a sua eventual interposição não tem o condão de impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado de prisão contra os réus, para o início do cumprimento da pena. Precedentes do STF e do STJ.

A prisão atacada constitui-se em mero efeito da condenação, não se cogitando, de qualquer violação ao Princípio Constitucional da Presunção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Inocência.

Não há que se falar em deficiência na dosimetria da pena-base, pois, não obstante a sua aplicação em conjunto para todos os corréus, verifica-se que as circunstâncias judiciais que levaram à sua exasperação são comuns a todos os sentenciados.

Ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena não-configurada. Não prospera o argumento de que a pena teria sido excessivamente imposta ao paciente, sem considerar que a sua participação que teria sido em menor grau, pois resta demonstrado que o Magistrado expressamente ponderou tal aspecto na imposição da reprimenda do réu, o que se reflete na exasperação de 1/2 em virtude da continuidade delitiva.

Não há ilegalidade na dosimetria da pena, no que se refere à majoração da pena-base, se esta se deu de maneira devidamente fundamentada, obedecendo aos critérios de lei, com as devidas ressalvas dos motivos que levaram à indigitada exasperação do seu *quantum*.

Circunstâncias judiciais que foram sopesadas e demonstram, satisfatoriamente, a necessidade da majoração estabelecida. Hipótese em que o MM. Juiz sentenciante ressaltou as graves circunstâncias e conseqüências dos crimes, bem como os reprováveis motivos dos delitos, destacando fatos que foram hábeis a sobrecarregar a reprovabilidade da conduta do paciente, como, por exemplo, a utilização de funções relacionadas à Administração da Justiça para ocasionar vultoso prejuízo ao erário, mormente aos cofres da previdência social.

Circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal que foram desfavoravelmente valoradas, à exceção da primariedade e dos bons antecedentes.

O posicionamento desta Corte é no sentido de que é descabida qualquer análise mais acurada da dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, assim como a verificação da sua justiça, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade do meio eleito.

É imprópria a alegação de deficiência na fixação da reprimenda, se a mesma foi correta e fundamentadamente dosada, atendendo aos moldes do sistema trifásico de aplicação da pena e da jurisprudência dominante.

Ordem denegada."

(HC 29.821/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe 1/12/2003.)

No ponto, é de se realçar, ainda, que a instância ordinária destacou a natureza e variedade das drogas, bem como as circunstâncias do crime (envolvimento de menor) como circunstâncias judiciais preponderantes, nos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal. Além do mais, a considerar a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas aos delitos de tráfico de drogas de 5 a 15 anos de reclusão, não se identifica qualquer violação do art. 59 do CP, porquanto apresentados elementos idôneos aptos a justificar o aumento das reprimendas, na primeira fase.

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. (4.272 KG DE COCAÍNA). PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Inexiste ilegalidade na majoração da pena-base em 2 anos de reclusão, em razão da quantidade de drogas apreendidas (4.272 kg de cocaína), pois é fator preponderante a ser considerado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2003.

2. Não prospera a alegação da Defensoria Pública da União, repetida em diversos outros processos nos quais atua, qualquer que seja a quantidade de drogas de que cuide o processo, de que a quantidade de entorpecentes seria ínfima, porque normalmente são apreendidas toneladas de drogas, ou de que a pena seria desproporcional em relação às reprimendas estabelecidas em outros processos, nos quais foram os traficantes surpreendidos com mais de 100 kg de drogas.

3. A proporcionalidade da pena é aferida a partir das circunstâncias do caso concreto, e não em face das penas impostas a condenados por delito da mesma espécie, em processos diversos.

4. Ao contrário do afirmado pela defesa, a quantidade de drogas que se vê nas apreensões feitas no dia a dia e que se transformam nas ações penais que chegam a esta Corte Superior, que recebe recursos advindos dos Tribunais Federais e estaduais, é de gramas, e não de toneladas."

(AgRg no AREsp 747.880/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015.)

Logo, *in casu*, a dosimetria penal está devidamente fundamentada, sem que reste evidenciada desproporcionalidade na fração e, portanto, flagrante ilegalidade na sanção, não havendo falar, no ponto, em configuração de constrangimento ilegal.

No que se refere à aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 a Thayce, as instâncias ordinárias concluíram, motivadamente, pela dedicação da paciente às atividades criminosas, porquanto confessado "que mantinha uma boca de fumo na residência em que morava há mais de um ano" (e-STJ, fl. 307).

A propósito, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido.
- Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida (109 porções de cocaína e 106 porções de crack) e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.
- Consigne-se que, mantidos a pena-base e o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 6 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.
- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.
- Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 7 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, como bem destacado no acórdão recorrido, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. - Habeas corpus não conhecido" (HC 320176/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/4/2016.)

Assim, concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que a paciente se dedica ao tráfico de entorpecentes, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida - 514,3 kg de cocaína - , e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida - 514,3 kg de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 353208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/4/2016.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0097006-5

HC 267.858 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00491643820118120001 491643820118120001 63332011

EM MESA

JULGADO: 13/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: FABIO RONALDO LUZIA BISPO DE SENA (PRESO)
PACIENTE	: THAICY COSTA FERREIRA (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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.