



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.907 - MG (2016/0200008-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MAICON OLIVEIRA DE ALMEIDA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. 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 *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

3. No caso, a pena-base foi exasperada em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, bem como nas circunstâncias do crime. A justificativa se mostra idônea para o aumento realizado.

4. Em relação ao argumento de desproporcionalidade, como é cediço, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

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

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.907 - MG (2016/0200008-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MAICON OLIVEIRA DE ALMEIDA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de MAICON OLIVEIRA DE ALMEIDA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação n. 1.0145.15.007221-6/001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, à pena de 4 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação pelas partes, o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso do *Parquet* para aumentar a pena-base, bem como afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ficando a pena final arbitrada em 10 anos de reclusão, em regime fechado. Segue a ementa do julgado (fls. 44/56):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO MINORADO. DECOTE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DISPOSTA NO ARTIGO 33, §4º DA LEI ANTIDROGAS. NECESSIDADE. EVIDENCIADA A DEDICAÇÃO À PRÁTICA DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA. REANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ARTIGO 59 DO CP. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI ESPECIAL. EXASPERAÇÃO DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MAIOR REDUÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO MAIS ADEQUADO À ESPÉCIE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. ISENÇÃO DE CUSTAS. DADO PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL (1º) E PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO (2º). OFICIAR. 1. Comprovada pelas provas dos autos a dedicação do agente à atividade criminosa, resta imperioso o decote da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do art 33 da Lei 11.343/06. 2. A fixação da pena-base tem como parâmetro as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, sendo que a pena-base variará conforme a quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias desfavoráveis ao réu. 3. Conforme disposto no art. 42 da Lei 11.343/06, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, além da personalidade e conduta pessoal do réu, preponderam na fixação da pena. 4. Reconhecida a confissão espontânea, ela deve acarretar redução na pena proporcional e adequada à conduta daquele que teve a coragem de admitir, frente a seu julgador, a culpa, "lato sensu", por sua conduta ilícita. 5. Declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/1990 fica vedada a aplicação obrigatória do regime fechado para o desconto da pena com base exclusivamente na natureza hedionda do crime. 6. A declaração de inconstitucionalidade do referido artigo não obsta, contudo, a imposição do regime fechado quanto o caso concreto o recomenda para dar cumprimento e efetividade às finalidades da pena previstas na parte final do artigo 59 do Código Penal. 7. A quantidade de droga, segundo artigo 42 da Lei 11.343/2006 é critério a ser utilizado pelo julgador na aplicação da pena, fazendo dela parte a escolha do regime. 8. Ante a enorme quantidade de droga atribuída à propriedade do apelante, deve ser fixado o regime inicial fechado para o desconto da pena. 9. Não restando preenchidos os requisitos dispostos no art 44 do CP, resta impossibilitada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 10. Se o acusado foi assistido pela Defensoria Pública ou por Defensor Dativo, faz jus à isenção das custas processuais, pois beneficiado pela Lei Estadual 14939/03.11. Dado provimento ao recurso ministerial (1º) e parcial provimento ao apelo defensivo (2º). Oficiar.

No presente writ, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Sustenta que a análise das circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base foi desproporcional, tendo em vista "que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais baseou-se apenas em 3 circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente ao Paciente: *circunstâncias do delito e a exorbitante quantidade e variedade da droga apreendida*" (fl. 5).

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, o redimensionamento da pena.

O pedido liminar foi indeferido à fl. 59.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 85/92, pelo não conhecimento do *habeas corpus*:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tráfico ilícito de entorpecentes. Dosimetria. Revisão. Via inadequada. Pena-base acima do mínimo legal. Fundamentação idônea. Quantidade e qualidade da droga. Parecer pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.907 - MG (2016/0200008-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, conforme consignado no relatório, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base.

Com efeito, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

Na hipótese, veja-se como foi realizada a dosimetria pelo Tribunal local (fls. 52/53):

Buscando individualizar condutas concretas, também a lei especial 11,343/2006 fez previsão de critérios a serem utilizados pelo julgador na fixação da pena daqueles que realizam o tráfico de drogas, disciplinando no artigo 42 da referida lei que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Voltando, pois, ao caso concreto, em que Maicon possuía 50.731g de maconha e 6.389,20 de cocaína, tenho como reduzida a quantidade de pena fixada na primeira fase da dosimetria, porquanto incapaz de alcançar os fins a que se destina.

Embora, ao contrário do que fora analisado pelo d. Magistrado primevo, entenda como favoráveis as circunstâncias judiciais referente à culpabilidade do agente - que deve ser tomada como grau de reprovação da conduta e não como grau de culpa ou potencial consciência da ilicitude - e as conseqüências do delito - que não extrapolam aquelas próprias da conduta incriminada tenho como imperiosa a exasperação da reprimenda, considerando as circunstâncias do delito e a exorbitante quantidade e variedade da droga apreendida, eis ser estes uns dos critérios postos a disposição do julgador para individualizar penas no tráfico, a fim de alcançar o verdadeiro escopo da norma.

Diga-se, a meu ver, que a existência de outros materiais-fermento químico em pó e balança de precisão - comumente utilizados na prática delitiva, em especial para aumentar a produção do entorpecente, importa em maior gravidade das circunstâncias fáticas. No mesmo sentido, a apreensão de mais de 57Kg de drogas, dentre maconha e cocaína, por óbvio, enseja a necessidade de maior reprovação da conduta, inclusive, em respeito ao princípio da proporcionalidade, pois não se pode permitir que se aplique patamar equivalente àquele que fora surpreendido na posse de quantidade de drogas significativamente inferior.

Nestes termos, entendo ser suficiente e necessário à prevenção e reprovação do crime, dada as suas particularidade, a fixação da pena-base em 12 anos de reclusão, mais pagamento de 1.200 dias-multa, mantido o valor unitário mínimo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme se observa do trecho supracitado, verifica-se que a pena-base foi exasperada em razão da quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, bem como nas circunstâncias do crime. O paciente MAICON foi preso com 50 quilos de maconha e quase 7 quilos de cocaína, quantidade considerada elevada. Ademais, o Tribunal ainda consignou que foram encontrados em poder do paciente uma balança de precisão, bem como fermento em pó, *comumente utilizados na prática delitiva em especial para aumentar a produção do entorpecente (cocaína)*.

Dessa forma, observo que a Corte local apresentou fundamentação concreta e suficiente para o acréscimo da pena.

Em relação ao argumento de desproporcionalidade, como é cediço, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível até mesmo *o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto* (AgRg no REsp 143071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0200008-2

HC 364.907 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00722165020158130145 10145150072216 145150072216 722165020158130145

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: MAICON OLIVEIRA DE ALMEIDA (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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.