



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.313 - SP (2011/0055879-5)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : PEDRO PAULO RAVELI CHIAVINI - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : IRMANTAS KEMEKLIS (PRESO)
ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO PENAL. PENA-BASE MAJORADA. PREPONDERÂNCIA DA GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. COMPROVADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS A PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DESCONSTITUIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– O *habeas corpus*, salvo manifesta ilegalidade, constitui meio impróprio para o reexame da dosimetria da pena fixada pelas instâncias ordinárias, pois não comporta a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos. Precedentes.

– Não há ilegalidade na decisão recorrida que manteve o aumento da pena-base, lastreada na especial gravidade da conduta atribuída ao paciente e na grande quantidade de droga apreendida (5.020 g de cocaína), conforme exposto no art. 42 da Lei de Drogas.

– A aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 foi negada com base nas circunstâncias concreta do delito, que revelaram ser o paciente integrante de organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para a desconstituição do que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias, mostra-se necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*. Precedentes.

– Mantida a condenação do paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos porquanto ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I do art. 44 do CP.

Habeas Corpus não conhecido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de abril de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.313 - SP (2011/0055879-5)

RELATORA : **MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : PEDRO PAULO RAVELI CHIAVINI - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : IRMANTAS KEMEKLIS (PRESO)
ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de IRMANTAS KEMEKLIS, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento ao apelo defensivo para aplicar a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 65, III, do CP, reduzindo a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 33, § 4º, c/c art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta o impetrante que, a despeito da quantidade de droga apreendida, o magistrado não pode deixar de observar as demais circunstâncias do art. 59 do CP, como a personalidade e conduta social do paciente que lhe são favoráveis, na fixação da pena-base. Alega ainda que é direito subjetivo do paciente à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo quando presentes os requisitos legais. Requer, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.313 - SP (2011/0055879-5)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso especial. Confira-se:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus "como substitutivo de recurso no processo penal"*. Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser 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 ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso especial.

Todavia, considerando que a impetração foi ajuizada antes da mudança de entendimento sobre a inadequação do uso do *habeas corpus* como sucedâneo recursal, passo à análise das alegações trazidas na inicial, ante a possibilidade de manifesta ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na individualização da sanção penal, o julgador no exercício do seu poder discricionário ao fixar o *quantum* da pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, dentro dos parâmetros legais estabelecidos, deve-se pautar sempre pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Por sua vez, o *habeas corpus*, regra geral, constitui meio impróprio para o reexame da dosimetria da reprimenda fixada pelas instâncias ordinárias, pois não comporta a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos. Apenas em hipóteses excepcionais, nos casos de flagrante ilegalidade ou teratologia, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido reapreciação da pena que se mostre, inequivocamente, ofensiva aos critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

Vejamos, os fundamentos utilizados para majorar a pena-base:

*Portanto: 1) considerando-se a gravidade do delito perpetrado - equiparado a hediondo; 2) considerando-se os aspectos caracterizadores da referida prática criminosa e que não são inerentes ao tipo penal, ou seja, a quantidade de droga apreendida e a forma de acondicionamento da mesma, tudo adremente preparado visando dificultar a fiscalização dos agentes federais brasileiros; 3) considerando-se que a pena aplicada, para alcançar seu escopo, e, de fato, cumprir sua missão que é reeducar e readaptar socialmente a condenada, além da necessária retribuição ao delito perpetrado deve, igualmente, coibir e prevenir, novos crimes do mesmo jaez; 4) considerando-se que o acusado transportava consigo **5.020 g (cinco mil e vinte gramas)** - peso líquido, de cocaína; 5) Considerando-se que o artigo 42 da Lei 11.343/06 preconiza 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,** à luz dos propósitos sancionatórios da atual Lei 11.343/2006, considerado que, in casu, há motivação idônea para fixar a reprimenda legal em **6 (seis) anos de reclusão**. (fl. 137/138)*

Observe, portanto, que foram apontados elementos concretos a justificar o aumento da pena-base acima do mínimo legal. A especial gravidade da conduta atribuída ao paciente e a expressiva quantidade de droga apreendida, evidenciam a necessidade de maior juízo de reprovação. Ademais, conforme exposto na decisão recorrida, a natureza e quantidade da substância deve preponderar sobre as demais circunstâncias previstas no art. 59 do CP.

Desse modo, diante da apreensão exorbitante de entorpecentes - 5.020 g de cocaína - e da gravidade dos fatos que envolveram a infração penal, levando-se em conta,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda, as penas, mínima e máximas, cominadas ao delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão, não se mostra desarrazoado o aumento da pena-base em 1 (um) ano de reclusão.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

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

2. Verificado que a Corte originária levou especialmente em consideração a desfavorabilidade das circunstâncias em que cometido o delito, já que o agente foi flagrado na companhia de menor e na posse de elevada quantia em dinheiro, indicativa de tráfico em larga escala, e ainda as referentes à natureza, variedade e quantidade das drogas apreendidas - 82 gramas de maconha, 19,38 gramas de cocaína e 16,93 de crack - não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

(...)

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, em parte concedido, apenas para fazer preponderar a atenuante da menoridade relativa sobre a agravante da reincidência, restando a sanção do paciente definitiva em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 6 (seis) dias de reclusão e pagamento de 635 (seiscentos e e trinta e cinco) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatido. (HC 237264/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 20.6.2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA ELEVADA. MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. A jurisprudência desta Corte entende não haver bis in idem na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização da reincidência como agravante genérica, nem para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, porquanto trata-se da aplicação de um mesmo instituto jurídico em fases distintas.

3. *Ordem denegada.* (HC 152388/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ, DJe de 15.6.2012).

Quanto a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, melhor sorte não assiste ao impetrante para afastar a redução.

Eis os fundamentos apresentados pelo juiz de piso:

*"Com efeito, o artigo 42 da Lei 11.343/2006, assevera que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância: sobre o no artigo 59 do Código Penal, **a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente**"*

*Ora, afora os argumentos já expostos jamais o acusado poderia ser considerado **um pequeno traficante, ao revés, um traficante transnacional, que figura na ponta da organização criminosa internacional e colabora na distribuição internacional da substância entorpecente.***

Como é sabido de todos, a traficância internacional envolve atividade criminosa organizada, pois enfeixa, em seu aspecto nuclear, no mesmo desígnio criminoso, o produtor do país que exporta a droga; o aliciador, que agencia a "mula" e cuida de todos os detalhes de sua viagem e recepção, a "mula" propriamente dita e o receptor no destino, que é munido de todo um aparato já outrora engendrado e de alta tecnologia para o preparo da substância, sua respectiva embalagem, transporte e distribuição. (...)

Restou cristalino, portanto, através dos elementos fático-probatórios, que o acusado, de fato, dedica-se a atividades criminosas ligadas ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Com efeito, o acusado tornou-se um elo de ligação entre pelo menos o fornecedor da droga no Brasil, e o receptor no exterior. Sem a atividade criminosa do réu a organização criminosa não teria "sucesso" em seus empreendimentos que e, de fato, transportar a cocaína de um país para outro.

Ressalte-se que a lei, para a aplicação da benesse do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, não permite a ocorrência da reiteração delituosa, posto que seu objetivo é beneficiar justamente o traficante de "primeira viagem" ou "doméstico". Noutro falar, o novel regramento não exige que o acusado de fato integre uma organização criminosa, formando com esta um vínculo estável.

Soma-se a isso a quantidade de cocaína transportada de modo totalmente camuflado, restando evidenciado que tal empreitada delituosa estava sendo patrocinada por fortalecida organização criminosa transnacional.

Por certo, o entorpecente transportado pelo acusado; seria transformado em milhares de papéletes, que desgraçariam vidas de um número gigantesco de pessoas, principalmente jovens.

Repise: a mencionada benesse legal, exigirá do aplicador da lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extrema cautela e análise detida de todos os seus requisitos de acordo com o caso concreto - o que, aliás, depreende-se, este foi o real desiderato do legislador, sob pena de a mencionada redução malferir os mais basilares princípios agasalhados por nosso ordenamento jurídico, sem prejuízo, como já se disse; de transformar nossa pátria em verdadeiro atrativo para a perpetração de delitos deste jaez com efeitos deletérios quiçá irreversíveis à nossa nação.

A função reeducativa, preventiva e repressiva da pena, cujo escopo, de fato, é a repressão ao crime praticado e a prevenção de novos delitos, protegendo-se nossos mais sagrados valores, perderia totalmente o seu lastro jurídico, e, como conseqüência, os índices de reincidência restariam sobremaneira elevados; com gravíssimo riscos ao nosso Estado Democrático de Direito.

Outra não é a doutrina do Professor Guilherme de Souza Nucci, a respeito da Lei 11.343/2006:

"Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características impostas: é castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal recolhimento do agente infrator e ressocialização"

Ainda nas lições do mesmo autor:

"Pode o agente ser primário e ter bons antecedentes, mas já tomar parte em quadrilha ou bando".

Desta forma, pelas razões expostas, deixo de aplicar a de pena prevista no artigo 33, § 4º, da lei 11.343/2006." (fl. 146/151)

Assim, se as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, concluíram, em decisão fundamentada, que o paciente faz parte de organização criminosa, afastando a incidência da minorante prevista na Lei de Drogas, não há como desconstituir tal decisão na via estreita do *habeas corpus*, quando vedado o reexame aprofundado do conjunto probatório.

A propósito, são os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. TRÁFICO. QUANTIDADE DE DROGAS. CONSIDERAÇÃO NAS ETAPAS DA DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

(...)

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é uniforme no sentido de que não ocorre bis in idem na consideração da quantidade de droga para a fixação da pena-base e também do patamar da causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena, com a utilização de um mesmo parâmetro de referência, mas em momentos distintos e com finalidades diversas, visando à fixação de reprimenda proporcionalmente suficiente à reprovação e prevenção do delito, diante das circunstâncias em que perpetrado.

3. Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ.

4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, é cabível a imposição do regime mais gravoso, notadamente em razão da natureza e diversidade da droga apreendida.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Resp 1338076/AL, 6ª Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 26/03/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA, VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR INIMPUTÁVEL. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO JUSTIFICADA. 1/2 (METADE). CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

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 mínimo de 1/2 (metade), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas as circunstâncias do caso concreto, bem como a considerável quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas com o paciente, que contou com a participação de menor de idade na empreitada delitiva.

3. Não há bis in idem na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena 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.

(...)

3. Habeas corpus parcialmente concedido, para afastar o óbice legal à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito, bem como a vedação à imposição de regime inicial diverso do fechado, determinando-se que o Juízo das Execuções analise o eventual preenchimento, pelo sentenciado, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida permuta, e a possibilidade de imposição de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial mais benéfico (HC 181.037/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 6.3.2012).

Mantida a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, é inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos porquanto ausente o preenchimento do requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do CP.

Pelo exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0055879-5

HC 200.313 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200961190097284 97280720094036119

EM MESA

JULGADO: 18/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : PEDRO PAULO RAVELI CHIAVINI - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : IRMANTAS KEMEKLIS (PRESO)
ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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 Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.