



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.627 - RJ (2011/0269648-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : HUGO GOMES DA SILVA
PACIENTE : ALEXSANDER MORAES FELICIANO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL 3. TRÁFICO DE DROGAS. 4. REDUÇÃO DA PENA-BASE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 5. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO **NE BIS IN IDEM**. UTILIZAÇÃO DA MESMA REGRA EM FINALIDADES E MOMENTOS DISTINTOS. 6. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 7. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PEDIDO PREJUDICADO. 8. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, já vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **habeas corpus**, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. A pena-base foi fixada um pouco acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas - quais sejam, 130,7g (cento e trinta gramas e sete decigramas) de **crack**, acondicionados em 287 (duzentos e oitenta e sete) embalagens plásticas, 233,94g (duzentos e trinta e três gramas e noventa e quatro centigramas) de maconha, distribuídos em 32 (trinta e duas) embalagens plásticas, e 258,6g (duzentos e cinquenta e oito gramas e seis decigramas) de cocaína, em 119 (cento e dezenove) embalagens plásticas -, fatos concretos que autorizam a majoração da reprimenda inicial no patamar adotado, respeitados os limites de discricionariedade do magistrado, inexistindo, no ponto, flagrante constrangimento ilegal a ser sanado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Para a não aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime; essa conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento ilegal passível de ser remediado por meio deste **writ**.

5. Não há que se falar, outrossim, em indevida violação do princípio do **ne bis in idem** na consideração da natureza e quantidade da droga em mais de uma etapa da dosimetria da pena, pois trata-se de utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

6. Embora a sanção imposta seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, constata-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em função da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que justificou a fixação de regime mais rigoroso que o inicialmente previsto na lei.

7. Mantidos os limites da sentença condenatória, fica prejudicado o pedido de substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, vez que não preenchido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal, qual seja, pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

8. **Habeas corpus** não conhecido e não verificada a existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão de **habeas corpus** de ofício.

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.627 - RJ (2011/0269648-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Hugo Gomes da Silva e Alexsander Moraes Feliciano, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos os ora pacientes foram condenados pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, c/c o art. 40, IV, ambos da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 29 do Código Penal, cada qual, às sanções de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no mínimo legal.

Irresignada, a defesa interpôs apelações criminais no Tribunal de origem, requerendo, nos termos do relatório da apelação criminal, "a absolvição. Subsidiariamente, pugnam pela aplicação da pena base em seu mínimo, bem como a incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos" (fl. 254).

A Corte **a quo**, apreciando o recurso defensivo, em julgamento unânime, negou-lhe provimento, em acórdão assim ementado (fls. 252/253):

APELAÇÃO - Art. 33, *caput*, e 40, IV da Lei 11.343/06 - Pena de 07 anos de reclusão e 700 dias-multa em regime fechado para ambos. - Apelantes presos com 130,7g de Crack em 287 embalagens plásticas, 233,94g de Maconha em 32 embalagens plásticas e 258,6g de Cocaína em 119 embalagens plásticas. Policiais Militares faziam patrulhamento de rotina na região quando tiveram a atenção despertada para os apelantes, que partiram em fuga e, sendo presos após breve perseguição, foi arrecadado com HUGO 01 pistola Taurus, calibre 9mm, com numeração suprimida, bem como um rádio transmissor Motorola, cor preta, sendo a pistola em sua cintura e o rádio em seu bolso e com ALEXANDRE, o material entorpecente descrito, um rádio transmissor Motorola, 11 pilhas, e diversos pedaços de papéis contendo anotações acerca do tráfico local, bem como R\$ 35,00 em espécie. - Impossível a absolvição: o conjunto probatório é robusto em apontá-los como traficantes de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas. - O laudo de exame de entorpecente evidencia a materialidade. - Depoimentos dos policiais perfeitamente válidos para embasar sentença condenatória: Súmula 70 do ETJRJ. - Negativa do fato criminoso nos interrogatórios é justificável, já que o interrogatório é meio de defesa, porém colidindo com a prova carreada aos autos. - Evidenciadas a materialidade, a autoria e a clara destinação da droga. - O regime fechado é o único compatível com o atuar do apelantes, ante o que determina o § 1º do art. 2º da Lei 8072/90, com a nova redação dada pela Lei 11.464/07. - A pretendida redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06 somente pode ser concedida se o agente preencher todos os requisitos elencados no referido artigo e as circunstâncias em que foram presos, estão a indicar que tal redução mostra-se incompatível com o seu agir. - Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão de sursis, por incompatibilidade das referidas benesses com o crime de tráfico, além de haver expressa vedação legal: art. 44 da Lei 11.343/06. - Correta a dosimetria da pena, que não merece reparos: "Os acusados são tecnicamente primários, conforme se verifica em suas folhas penais. Entretanto, seguindo a regra do artigo 42 da lei 11.343/06, levando-se em conta a quantidade e diversidade das drogas, justifica a fixação das penas bases acima dos mínimos legais em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias - multa no valor mínimo legal previsto na lei específica, penas que aumento, em 1/6 (um sexto), por força do inciso IV do artigo 40 da lei 11.343/06, tornando-a em definitivo ante a ausência de outras causas modificadoras em 07 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 700 (setecentos) dias- multa no valor mínimo legal previsto na lei específica, para cada réu." - Manutenção da sentença. - DESPROVIMENTO DOS RECURSOS DEFENSIVOS.

Por isso o presente **writ**, no qual pretende a Defensoria Pública, em síntese, seja reduzida a pena-base do delito para próximo do mínimo legal, pois a "quantidade da droga apreendida, aproximadamente 600g (130,7g de crack, 258,6g de cocaína e 233,94g de maconha), não pode ser tida como exagerada a justificar a exasperação da pena base em 01 (um) ano, até considerando a realidade da venda no varejo das comundiades cariocas." (fl. 8).

Postula, ainda, seja aplicada a causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no seu patamar máximo, porquanto os pacientes são primários, de bons antecedentes, não se dedicam a atividades criminosas, nem integram organização criminosa.

Aduz, ademais, "flagrante o **bis in idem** ao ser majorada a pena base em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da quantidade e diversidade das drogas e agravada pela utilização de arma de fogo e, pelos mesmos motivos, negada a aplicação da causa de diminuição do parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06." (fl. 10).

Uma vez deferido o pleito de redimensionamento da sanção segregatória, pugna pela alteração do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e sua substituição por medida restritiva de direitos.

Ausente pedido liminar.

Instado a se manifestar, o douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Exma. Subprocuradora-Geral da República Maria Silvia de Meira Luedemann, opinou pela denegação da ordem (fls. 70/76).

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.627 - RJ (2011/0269648-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembre-mos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Nesse contexto, ressaltou Pontes de Miranda "que a liberdade pessoal é a liberdade física: **ius manendi ambulandi, eundi ultro citroque**; e sua extensão coincide com a aplicabilidade do **habeas corpus**, remédio extraordinário, que se instituía para fazer cessar, de pronto e imediatamente, a prisão ou o constrangimento ilegal". (MIRANDA. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1967.)

Sabemos todos que o remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado.

No Brasil, com o advento da Constituição Republicana, três posições se firmaram acerca da garantia constitucional: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que o remédio constitucional deveria ser aplicado em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o **habeas corpus**, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do **habeas corpus** não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito.

Consolidou-se na jurisprudência, após a reforma constitucional de 1926, a tendência de se vincular o **habeas corpus** à proteção de direitos diretamente relacionados à liberdade de locomoção. A propósito, o art. 113, inciso 23, da Constituição, disciplinava que: "Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o **habeas corpus**."

No entanto, a fim de garantir a proteção de direitos outros, instituiu o legislador constituinte, no art. 113, inciso 33, nova ação constitucional: "Dar-se-á Mandado de Segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do Habeas Corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes."

Como cediço, as Constituições de 1946, 1967 e 1988 mantiveram a garantia constitucional do **habeas corpus** em seus textos, sendo que esta última destacou no inciso LXVIII do art. 5º, que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que: "dar-se-á **Habeas Corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

locomoção.

O estudo da prática judicial do **habeas corpus** mostrou que o instituto passou a ser utilizado, por exemplo, com o fim de impugnar atos persecutórios do Estado desprovidos de ameaça imediata de prisão, como a instauração de inquérito policial. Embora não existam dúvidas de que o só ajuizamento da persecução penal já seja suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal, parece-me que, se não há o risco de prisão, não seria o **habeas corpus** o meio processual adequado para se discutir a existência de eventual ilegalidade. Não obstante, a jurisprudência dos tribunais pátrios passou a admitir a utilização do remédio heroico a fim de combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder. Noutras palavras, o **habeas corpus** tornou-se o remédio constitucional adequado para atacar, a qualquer tempo, todos os atos da persecução criminal.

O exame das decisões do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o **habeas corpus** já foi aceito inclusive para reparar ilegalidades que recaíram sobre o sequestro de bens imóveis e ativos financeiros, decretado durante a investigação policial, matéria que não afeta, sequer de forma reflexa, o direito de ir, vir e ficar do indivíduo (HC n.º 144.407/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 28/6/2011).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reformando anterior decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do **mandamus**, concedeu a ordem para autorizar direito de visita de paciente custodiado em estabelecimento prisional, ao fundamento de que a "decisão do juízo das execuções, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente" (HC n.º 107.701/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **GILMAR MENDES**, DJe de 23/3/2012).

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Observem que no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça recebeu o **habeas corpus** de número duzentos mil. A questão preocupante está no fato de que metade das ações chegou à Corte Superior nos últimos três anos – Anuário da Justiça do Brasil 2012. No Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, 4.457 **habeas corpus** foram protocolizados em 2011. Em razão disso, o operador do direito viu-se diante de tormentosa situação, vez que deveria perseguir a máxima efetividade da garantia fundamental, mas, também ter em mente que a utilização do **habeas corpus** indistintamente, em substituição aos recursos previstos no ordenamento jurídico, configura banalização do remédio constitucional.

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Dessa forma, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super'



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "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"; (III) "Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do **habeas-corpus**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a **habeas** já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

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 heróico. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. *Habeas corpus rejeitado. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)*

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)*

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial ante a possibilidade da existir constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No caso dos autos, insurge-se a impetrante, num primeiro momento, contra o **quantum** de pena imposto. No entanto, como é cediço, o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Verifico, ademais, que a sentença condenatória já transitou em julgado sem a interposição de recursos extraordinários. Ainda assim, passo à análise da dosimetria, apenas para aferir eventual existência de patente ilegalidade.

Para melhor exame da questão, faz-se necessário transcrever o cálculo da pena elaborado pelo Magistrado singular, no que interessa, **in verbis** (fl. 42):

Os acusados são tecnicamente primários, conforme se verifica em suas folhas penais. Entretanto, seguindo a regra do artigo 42 da Lei 11.343/06, levando-se em conta a quantidade e diversidade das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, justifica a fixação das penas bases acima dos mínimos legais em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa no valor mínimo legal previsto na lei específica, penas que aumento, em 1/6 (um sexto), por força do inciso IV do artigo 40 da Lei 11.343/06, tornando-a em definitivo ante a ausência de outras causas modificadoras em 07 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa no valor mínimo legal previsto na lei específica, para cada réu.

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao recurso defensivo, no que interessa, disse o seguinte (fls. 53/55):

As defesas alegam que as penas base deveriam ser fixadas no mínimo legal, no entanto, verifica-se que andou bem o I. Juiz na dosimetria da pena, não cabendo nenhum reparo.

(...)

No entanto, é preciso ressaltar que, quanto à dosimetria da pena, importante observar que a enumeração do art. 59 do CP, constitui critério norteador da prestação jurisdicional.

Verifica-se, então, ser a conduta social um elemento norteador no processo de fixação da pena, ressaltando que necessita o Juiz, para aplicação da pena, de certa dose de discricionariedade, sendo imperativo que se esteja sempre alerta para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar o quantum de restrição a ser imposta.

Assim, o agravamento da pena base, em virtude da quantidade e diversidade das drogas se justifica, sendo uma das mais efetivas maneiras de se aplicar o princípio constitucional da individualização das penas.

Neste sentido também é o parecer da I. Procuradoria de Justiça:

“... tratando-se de “tráfico” ilícito de grande quantidade de substância entorpecente, como no caso em apreço, a resposta penal deve ser forte e dosada com bastante rigor, pois tal conduta é extremamente nociva, evidenciando que a “droga” seria destinada a uma infinidade de usuários, ou, até mesmo, à iniciação de um indeterminado número de pessoas (art. 42 da Lei 11343/06).”

Portanto, verifica-se que, no caso, o magistrado, ao aplicar a pena, o fez em atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, já que o crime é grave e merece reprimenda severa.

Como bem destacou o Promotor de Justiça nas contrarrazões apresentadas: “...a fixação da pena-base esta dentro do livre convencimento do magistrado, limitando-se, tão somente aos critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal e, principalmente, nesses casos, naqueles previstos no artigo 42 da Lei nº11.343/06.”

O Código Penal brasileiro, ao adotar o sistema trifásico para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cálculo da pena, "permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria" (cf.. Exposição de Motivos, item 51).

Na esteira de tal finalidade, o art. 68, caput, do CP, determina que a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Como já explicitado, ante o princípio da individualização da pena, as conseqüências e as circunstâncias do crime, bem como a personalidade do agente devem ser observadas. Assim, não merece prosperar o pleito das defesas de redução das penas-base. Ao contrário, o I. Juiz enfrentou corretamente a questão.

Como se depreende dos excertos acima colacionados, a pena-base foi fixada um pouco acima do mínimo legal de forma fundamentada, destacando as instâncias ordinárias a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas - quais sejam, 130,7g (cento e trinta gramas e sete decigramas) de **crack**, acondicionados em 287 (duzentos e oitenta e sete) embalagens plásticas, 233,94g (duzentos e trinta e três gramas e noventa e quatro centigramas) de maconha, distribuídos em 32 (trinta e duas) embalagens plásticas, e 258,6g (duzentos e cinquenta e oito gramas e seis decigramas) de cocaína, em 119 (cento e dezenove) embalagens plásticas - fatos concretos que autorizam a majoração da reprimenda inicial no patamar adotado.

Nesse sentido, confira-se, ainda, os seguintes precedentes desta Corte:

A - PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA. I. (...). VI. Hipótese na qual as instâncias ordinárias, considerando a quantidade expressiva de entorpecente apreendida, que denota a maior reprovabilidade social da conduta imputada aos pacientes, estabeleceu as penas base acima do piso legal. VII. (...). (HC 232.728/MS, Relator o Ministro **GILSON DIPP, DJe 24/05/2012)**

B - HABEAS CORPUS. (...). DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. AUMENTO JUSTIFICADO NESSE PONTO. MOTIVAÇÃO. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. 1. Mostra-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*adequada a exasperação da sanção básica do paciente também em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida - quase setenta quilos de cocaína -, consoante o preceituado no disposto no art. 42 da Nova Lei de Drogas, o qual dispõe que o juiz, na fixação das penas, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. (...). (HC 208.886/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 01/12/2011).*

C - HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT DENEGADO. 1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada na quantidade e natureza da droga apreendida e em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais, inexistindo, ilegalidade a ser sanada. 2. Em que pese, inquéritos policiais e ações penais em andamento não poderem ser utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime, verifica-se que o Juízo de origem considerou, na espécie, a quantidade e a qualidade da droga apreendida – 30,275 Kg. de cocaína - e o fato do ora Paciente ter se utilizado de interposta pessoa para o transporte da droga. 3. A despeito de algumas impropriedades na fixação da pena-base, verifica-se que o aumento implementado se revela proporcional e razoável, pois as instâncias ordinárias consideraram, concretamente, os elementos acidentais que extrapolam consideravelmente o tipo penal básico imputado ao Paciente. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4. Ordem denegada. (HC 118.027/MS, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ, DJe 02/08/2010).**

Importante salientar, nesse ponto, que a quantidade e qualidade da droga são circunstâncias preponderantes na dosimetria da pena, nos termos do que disciplina o art. 42 da Lei 11.343/2006, **in verbis**: "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 oportuno os termos do que leciona Guilherme de Souza Nucci:

A Lei de Drogas baseia-se, principalmente, na punição de crimes de perigo abstrato (...), o que justifica destacar como elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderantes na individualização da pena, dentre outros, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude da sua utilização. (Leis Penais e Processuais Penais comentadas. 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 391/392)

Cumpre ressaltar, outrossim, que a aplicação da pena é o momento em que o juiz realiza, em cada caso concreto, a força do Direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de poder discricionário dado ao magistrado pela Constituição Federal e pela Lei - Código Penal. Mas, muito embora discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que ao juiz cabe aplicar a pena justa ao caso, com a necessária motivação e fundamentação, à luz do método trifásico.

Com efeito, considerando os estreitos limites cognitivos da via exígua do **writ**, não se evidencia, na hipótese vertente, a ocorrência de constrangimento ilegal passível de correção.

Quanto ao pedido de aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo, melhor sorte não socorre ao impetrante.

O aludido dispositivo assim prescreve:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

*§ 4º Nos delitos definidos no **caput** e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" pela Resolução nº 5 do Senado Federal, de 15 de fevereiro de 2012)*

O juízo de primeiro grau, ao negar aplicação do referido redutor, assentou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguinte na sentença condenatória (fls. 42/43):

Deixo de proceder a redução pela minorante, na medida em que os acusados não preenchem os requisitos legais, e, ainda, em razão da quantidade e diversidade das drogas apreendidas, bem como utilização de arma de fogo para o cometimento do crime, não recomenda a redução, pois a indicação é de que os acusados não eram traficantes eventuais.

A Corte Estadual, por sua vez, consignou (fl. 55/56):

E não procede o pedido de redução da pena na forma do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Correta a dosimetria da pena, não tendo que se cogitar em modificação da sentença, pois o D. Magistrado levou em consideração todos os elementos possíveis.

Tal redução somente seria viável em se tratando de réus primários; de bons antecedentes; que não se dediquem a atividades criminosas e não participem de organização criminosa.

In casu, os apelantes se associaram a outros, que não foram identificados, para praticar o tráfico de drogas. Em sendo assim, não fazem jus à redução do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois somente pode ser concedida se o agente preencher todos os requisitos elencados no artigo acima referido.

Como bem asseverou a d. Procuradoria de Justiça em seu parecer:

“... diante da considerável quantidade de drogas apreendidas, bem como da arma de fogo utilizada para assegurar o cometimento de crime. Não se tratam de traficantes eventuais, mas de pessoas que se dedicam a atividade criminosa.”

Comprovado, pois, que os ora apelantes se dedicavam à atividade de tráfico de drogas, o que não se pode fazer sem integrar uma engrenagem criminosa, tal concessão não deve prevalecer.

Ademais, repisa-se, as circunstâncias em que foram presos estão a indicar que tal redução mostra-se incompatível com o seu agir.

Dos trechos destacados, observa-se que, para a não aplicação da causa especial de redução, considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime, consubstanciada na utilização de arma de fogo para o cometimento do delito e na adrede mencionada quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas, sendo duas delas, a cocaína e o **crack**, entorpecentes de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidades aptas a atingir grande número de usuários.

Essa conjuntura afasta, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanado por meio deste **writ**, pois não se mostra possível nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELO JUÍZO SENTENCIANTE, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL: OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA.

DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

2. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

3. Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância apreendida - 2.138 gramas de cocaína - justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3, observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Não havendo ilegalidade patente no quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, é vedado, na estreita via do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados por crimes hediondos e equiparados.

6. Assim, independentemente da hediondez do delito, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se observar o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. No caso dos autos, considerando o quantum da pena estabelecido e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso.

8. Na hipótese, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, já que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

9. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 203.507/SP, Rel. a Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Não há que se falar, ademais, em indevida violação do princípio do **ne bis in idem** na consideração da natureza e quantidade da droga em mais de uma etapa da dosimetria da pena, pois trata-se de utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos, conforme entendimento pacífico nesta Corte.

Em reforço, confirmam-se:

A - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE, NO PATAMAR DE 1/2 (METADE), EM DECORRÊNCIA DE DUAS MAJORANTES DO ART. 40 DA LEI N.º 11.343/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). MINORANTE APLICADA EM GRAU INTERMEDIÁRIO. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE E ALTO PODER VICIANTE DA DROGA (COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 05 anos e 03 meses de reclusão, em regime fechado, e 525 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, c.c. o art. 40, incisos III e VI, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 13/06/2008, com 32 invólucros de cocaína, além de R\$ 200,00 e uma nota de dez dólares. Na ocasião, foi apreendido um adolescente, que detinha R\$ 192,00 e traficava com o Apenado.

2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 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 aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.
(...).

7. Ordem parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduzir a pena do Paciente para 04 (quatro) anos e 01 (um) meses de reclusão. (Habeas Corpus 156.060/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe 2.12.2011).

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 59 DO CP. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REDUÇÃO EM METADE. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CABIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ART. 44 DA LEI ANTIDROGAS. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF.

[...]

3. Em verdade, tem-se por inviável o reexame, em habeas corpus, de aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

4. Diz o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que as penas referentes ao crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

5. Ao determinar a fração aplicável deve-se atentar para a existência de diferentes patamares, a serem escolhidos não por puro arbítrio judicial, mas pelas peculiaridades do caso concreto.

*6. A grande quantidade de entorpecente constitui particularidade capaz de viabilizar o recrudescimento da pena, tanto na primeira quanto na terceira fase de sua dosagem. Isso porque os critérios e a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta, de modo que uma condição mais grave pode ser utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação do princípio do **ne bis in idem**.*

[...]

*11. Ordem parcialmente concedida. (HC 215.088/MS, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe 16/5/2012).*

C - HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA. QUANTUM JUSTIFICADO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. **BIS IN IDEM**. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TESE. CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.

1. Reconhecida a causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável a aplicação do redutor em seu patamar máximo se existe fundamento válido para justificar o **quantum** mínimo da minorante.

2. Hipótese em que o Colegiado estadual fez menção à quantidade e à diversidade das drogas apreendidas (aproximadamente 450 g de maconha e 100 g de cocaína), mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a incidência da minorante no patamar de 1/2 (metade).

3. Não configura **bis in idem** a utilização da quantidade e variedade de drogas para aumentar a pena-base e para aplicar o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas em patamar inferior ao máximo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.

[...]

8. Ordem denegada. (HC 228.592/MG, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 7/5/2012).

Melhor sorte não assiste aos pacientes quanto ao pleito de abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena segregatória, de forma que não fica caracterizado o alegado constrangimento ilegal.

Com efeito, embora a sanção imposta seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, constata-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em função da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que justificou a fixação de regime mais rigoroso que o inicialmente previsto na lei.

Vejam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

A - PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. APLICADO O REGIME INICIAL FECHADO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGA (16 KG de MACONHA). ORDEM DENEGADA.

1. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, no caso concreto, a fixação do regime aberto, ou semiaberto, não se mostra razoável.

2. É que a quantidade significativa de droga apreendida atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de 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".

3. Na espécie, em que pese o Tribunal de origem ter decidido pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negativa de abrandamento do regime inicial, bem como pela impossibilidade da substituição da pena por restritiva de direitos, em razão da hediondez e da vedação do art. 44 da Lei 11.343/06, foi ressaltada, no aresto, a quantidade significativa de droga apreendida.

4. Condenado o paciente por tráfico de expressiva quantidade de droga (16 quilos de maconha), o regime mais adequado à espécie é o fechado, ainda que a pena imposta seja de 2 anos e 6 meses de reclusão. Cumpre, ainda, mencionar que o paciente também foi condenado por porte ilegal de arma à pena de 1 ano de detenção, em regime aberto.

5. Ordem denegada. (HC 212.864/MS, Relatara a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 16/5/2012).

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DA EXECUÇÃO DE PARTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. GRAVIDADE DA CONDUTA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma legal, e a suspensão da execução, pelo Senado Federal, de parte do art. 33, § 4º, da citada lei, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Inviável acoimar de ilegal o acórdão no ponto em que entendeu inviável proceder-se a permuta quando, a despeito do preenchimento do requisito objetivo - pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão -, a agente não preenchia os subjetivos.

3. A gravidade da conduta delituosa perpetrada, dadas as circunstâncias em que cometida - introdução de expressiva quantidade de substância entorpecente - 70 g (setenta gramas) de maconha - dentro de estabelecimento prisional, demonstram que, na espécie, a negativa de conversão da sanção reclusiva se encontra justificada, pois não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito denunciado.

[...].

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denegado. (HC 223.054/ES, Relator o Ministro JORGE MUSSI, DJe 14/5/2012).

C - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO, QUE SE MOSTRA DEVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. [...].

4. Inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto, não obstante a paciente tenha sido definitivamente condenada à reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se que ela já se envolveu anteriormente com a prática do crime de narcotráfico, circunstância que, somada à elevada quantidade de drogas apreendidas em seu poder, evidencia que a substituição pretendida não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, a teor do disposto no art. 44, III, do Código Penal.

5. Ordem denegada (HC 225.074/SP, Relator o Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 16/4/2012).

Por fim, mantidos os limites da sentença condenatória, fica prejudicado o pedido de substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que não preenchido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal, qual seja, pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Ante o exposto, não conheço da impetração, bem como não verifico a existência de qualquer constrangimento ilegal que autorize a concessão de **habeas corpus** de ofício.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0269648-0

HC 224.627 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 648479420108190021

EM MESA

JULGADO: 18/10/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : HUGO GOMES DA SILVA
PACIENTE : ALEXSANDER MORAES FELICIANO

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.