



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.720 - RJ (2010/0220379-6)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO DO NASCIMENTO

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. REDIMENSIONAMENTO DE PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 5. MENORIDADE RELATIVA. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. 7. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PEDIDOS PREJUDICADOS. 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. Para a não aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerou-se, diante do conjunto fático-probatório, a acentuada periculosidade social do paciente e o fato de se dedicar à atividades criminosas, o que afasta a incidência da redutora, visto que, antes de ser preso em flagrante delito, há muito já praticava o tráfico de drogas no local em que foi apreendido, sendo conhecido pela alcunha de "pacinha". Essa conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento ilegal passível de ser remediado por meio deste **writ**.

4. A existência de circunstâncias atenuantes não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal. Inteligência da Súmula 231/STJ.

5. A alegação defensiva de abrandamento do regime inicial de cumprimento da sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segregatória não foi submetida, tampouco apreciada pela Corte **a quo**, o que impede de se verificar a existência de flagrante ilegalidade apta a ensejar, até mesmo, a concessão de **habeas corpus** de ofício.

6. Ainda que assim não fosse, embora a sanção imposta seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, em virtude da natureza e diversidade da droga apreendida - maconha e cocaína -, entorpecentes de alto poder alucinógeno e viciante, não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena em regime diferente do fechado.

7. Mantidos os limites da sentença condenatória, fica prejudicado o pedido de substituição da sanção privativa de liberdade por medida restritiva de direitos e o de aplicação da suspensão condicional da pena, uma vez que não preenchidos os requisitos objetivos previstos no art. 44, I, do Código Penal - qual seja, pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão - e no art. 77 do mesmo diploma normativo - a saber, pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos.

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), 20 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.720 - RJ (2010/0220379-6)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Carlos Alberto do Nascimento, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal no Tribunal de origem, requerendo, nos termos do relatório da apelação criminal, "a absolvição do réu por insuficiência de provas, e, secundariamente, a aplicação da atenuante da menoridade reconhecida nos autos, bem como a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo. Por fim, pugna pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos" (fl. 68).

A Quarta Câmara Criminal, apreciando o recurso defensivo, em julgamento unânime, negou-lhe provimento, em acórdão assim ementado (fl. 67):

TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO QUE VISA "A ABSOLVIÇÃO, POR SUSTENTAR INSUFICIENTE A PROVA PRODUZIDA PELA ACUSAÇÃO. SECUNDARIAMENTE, PEDE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RECONHECIDA NOS AUTOS, BEM COMO APLICAÇÃO DO PREVISTO NO §4º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE DROGAS E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS".

CONDENAÇÃO QUE SE ESTRIBA EM ESCORREITA ANÁLISE DAS PROVAS PRODUZIDAS. PROVA TESTEMUNHAL SEGURA E IDÔNEA, INCIDINDO A SÚMULA 70 DO TJ, NO TOCANTE À FALA DOS POLICIAIS. PENA BÁSICA FIXADA NO MÍNIMO, NÃO COMPORTANDO REDUÇÃO AQUÉM DISSO, PELA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MENORIDADE. DOSIMETRIA PENAL QUE NÃO COMPORTA MODIFICAÇÃO, DESTACANDO-SE, QUANTO AO REDUTOR PLEITEADO, COMO DESTACADO PELA D. PROCURADORA DE JUSTIÇA, QUE SUBSISTENTE NOS AUTOS A NOTÍCIA DE QUE O APELANTE, MUITO ANTES DA PRISÃO EM FLAGRANTE RELATIVA A ESTE RECURSO, JÁ VINHA SE DEDICANDO À REPUGNANTE ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENTORPECENTES, CRIME QUE TEM GERADO UMA INFINIDADE DE VÍTIMAS FATAIS. RECURSO IMPROVIDO.

Em 25/1/2011, foi certificado a não interposição de recursos contra a decisão acima mencionada.

Por isso o presente **writ**, no qual pugna a impetrante, em síntese, pela redução da pena-base para aquém do mínimo legal cominado, tendo em vista o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa prevista no art. 65, I, do Código Penal. Aduz que a não aplicação dessa norma cogente "violaria não apenas o princípio da individualização da pena, como também o princípio da legalidade estrita" (fl. 3).

Postula, ainda, pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no fração máxima de 2/3 (dois terços), haja vista o paciente ser primário e de bons antecedentes.

Pleiteia, por fim, uma vez reconhecida a causa de diminuição de pena, seja fixado o regime aberto para o cumprimento da pena segregatória, bem como sua substituição por medida restritiva de direitos, além da aplicação da suspensão condicional da pena.

Ausente pedido de liminar.

As informações foram prestadas às fls. 90/110.

Instado a se manifestar, o douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Exma. Subprocuradora-Geral da República Ana Maria Guerrero Guimarães, opinou pela denegação da ordem (fls. 114/118).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.720 - RJ (2010/0220379-6)

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 Federal 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.

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 locomoção.

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 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.)

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. Logo, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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' 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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a 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 no afã de verificar a existência de 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.

Cumprе destacar, inicialmente, o que prescreve a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Para melhor exame da questão, faz-se necessário transcrever o cálculo da pena elaborado pelo juízo **a quo**, no que interessa, **in verbis** (fls. 45/46):

Em terceira fase, diante da inexistência de causas de diminuição e de aumento, a pena permanece inalterada. Destaque-se que, diante do teor da denúncia, e comprovado pelo depoimento dos policiais e pela própria atitude da testemunha Marcelo de procurar o acusado diretamente no local e que o mesmo era conhecido como 'pancinha', conhecido por praticar o tráfico no local, não havendo como se aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, diante da evidência de que o acusado, já algum tempo antes de ser preso em flagrante, já vinha se dedicando à atividade de venda ilícita de entorpecente no local.

O Tribunal de origem, ao negar provimento ao recurso da defesa, assim consignou (fl. 71):

No que tange à postulação de aplicação da redução de pena prevista no art.33, §4º da lei 11.343/06, constata-se que seu afastamento na primeira instância atendeu ao constante dos autos. É que, embora o apelante figure como primário, restou enunciado que de há muito vinha se dedicando ao nefasto comércio de drogas na localidade, o que deixa patenteado que insuficiente uma censura que encampasse a referida previsão legal, reservada para hipóteses em que uma sanção menor seja bastante.

Dos excertos acima destacados, observa-se que, para a não aplicação da causa especial de redução, considerou-se, diante do conjunto fático-probatório, a acentuada periculosidade social do paciente e o fato de se dedicar às atividades criminosas, o que afasta a incidência da redutora, visto que, antes de ser preso em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante delito, há muito já praticava o tráfico de drogas no local em que foi apreendido, sendo conhecido pela alcunha de "pacinha".

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

Com efeito, para se acolher a tese defensiva seria indispensável a incursão nas premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o revolvimento das provas coligidas na instrução criminal, providência incabível na estreita via cognitiva do **habeas corpus**.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)

Quanto ao pedido de aplicação da atenuante da menoridade relativa, tenho que a ordem também não merece prosperar.

É que a pena-base foi fixada no mínimo legal cominado ao crime – cinco anos de reclusão - devendo ser observado, na hipótese, o enunciado nº 231 da Súmula desta Corte, que assim prescreve:

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Na esteira desse mesmo de entendimento, vejam-se os seguintes julgados:

(I) "de acordo com a Súmula n.º 231 do STJ é inadmissível a redução da pena aquém do mínimo legal em face de circunstância atenuante" (HC n.º 51.687, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 1º/8/2006); e (II) "a incidência de circunstâncias atenuantes não pode reduzir a pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal. Súmula n.º 231 desta Corte" (REsp n.º 897.782, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 4/6/2007).

Melhor sorte não assiste ao paciente quanto ao pleito de abrandamento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial de cumprimento da pena segregatória, de forma que não fica caracterizado o alegado constrangimento ilegal.

É que essa alegação defensiva não foi submetida, tampouco apreciada pela Corte **a quo**, o que impede de se verificar a existência de flagrante ilegalidade apta a ensejar, até mesmo, a concessão de **habeas corpus** de ofício.

Com efeito, não tendo sido a matéria levada a conhecimento das instâncias anteriores, também não é possível a esta Corte Superior aferir eventual ilegalidade perpetrada, porquanto estar-se-ia atuando em patente afronta à competência constitucional reconhecida ao Superior Tribunal de Justiça, no art. 105 da Carta Magna.

Destaque-se que, ainda que manejado o recurso ordinário cabível, nos termos do art. 105, II, da Constituição Federal, esta Corte não teria competência para analisar tema não "decidido em única ou última instâncias pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão".

Ao ensejo:

A - PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DE SOLTURA NO PRIMEIRO GRAU. PERDA DO OBJETO. 1. Matéria não decidida pelo Tribunal de origem (trancamento da ação penal) não se submete ao crivo do STJ, em sede de habeas corpus, sob pena de supressão de instância, pois, em **ultima ratio**, está-se a atacar o que decido no primeiro grau de jurisdição, em flagrante afronta à regra de competência insculpida no art. 105, inciso I, letra "c" e inciso II, letra "a" da Constituição Federal. 2. Concedida liberdade provisória a paciente, pelo juízo de primeiro grau, o pleito, neste particular, encontra-se prejudicado. 3. **Habeas corpus** em parte prejudicado e, no mais, não conhecido. (HC 141693/BA, Rel. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 05/09/2012.)

B - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (...). CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE. LEGÍTIMA DEFESA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO. 1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da alegada tese de que o recorrente teria agido em legítima defesa, tendo em vista que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal impetrado, tornando-se impossível conhecer-se do writ nesse ponto, sob pena de incidir-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*na indevida supressão de instância. 2. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, recurso improvido. (RHC 33.208/PB, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 11/09/2012.)*

Não se pode descurar, ademais, que admitir a análise direta por esta Corte de eventual ilegalidade não submetida ao crivo do Tribunal de origem denotaria patente desprestígio às instâncias ordinárias e inequívoco intento de desvirtuamento do ordenamento recursal ordinário, o que efetivamente tem se buscado coibir.

Nos termos do que bem elucidou a Ministra Rosa Weber, "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" (HC 106377, Relatora a Ministra Rosa Weber, julgado em 21/08/2012).

Ainda que assim não fosse, embora a sanção imposta seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, em virtude da natureza e diversidade da droga apreendida - maconha e cocaína -, entorpecentes de alto poder alucinógeno e viciante, não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena em regime diferente do fechado.

A propósito, veja-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

*3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes do STJ e do STF.*

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga - recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.*

6. *Ordem denegada* (HC nº 182.316/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011).

Por fim, mantidos os limites da sentença condenatória, fica prejudicado o pedido de substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos e o de aplicação da suspensão condicional da pena, uma vez que não preenchidos os requisitos objetivos previstos no art. 44, I, do Código Penal - qual seja, pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão - e no art. 77 do mesmo diploma normativo - a saber, pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos.

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: 2010/0220379-6

HC 191.720 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090830029195 27656920098190083

EM MESA

JULGADO: 20/11/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : CARLOS ALBERTO DO NASCIMENTO

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 convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.