



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 267.116 - TO (2013/0084709-0)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS  
**PACIENTE** : DIONALDO SOUZA COSTA

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. READEQUAÇÃO DA PENA-BASE EM AMBOS OS CRIMES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NA FRAÇÃO DE 1/4. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que o Paciente foi condenado às penas de 24 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 375 dias-multa, como incurso no art. 121, §2.º, incisos I e IV, do Código Penal, e art. 33, *caput*, e §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal.

4. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

5. No caso, a personalidade foi desvalorada com base em elementos inerentes ao tipo penal. Por outro lado, a ausência de trabalho lícito e o uso de entorpecentes não constituem motivação idônea para desvalorização da conduta social do Paciente. Precedentes.

6. A natureza e a qualidade da droga apreendida – 30 gramas de "crack" – justificam a não aplicação do redutor previsto no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

7. Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para reduzir a pena-base aplicada ao Paciente e, consequentemente, readequar a reprimenda total para 17 anos e 09 meses de reclusão e 375 dias-multa, em regime inicial fechado.

### 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 e conceder parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 267.116 - TO (2013/0084709-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS  
PACIENTE : DIONALDO SOUZA COSTA

### RELATÓRIO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de DIONALDO SOUZA COSTA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, assim ementado:

*"APELAÇÃO – DIREITO PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI - CONDENAÇÃO POR CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E TRÁFICO DE DROGAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITO DE USO – IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – CONDUTA QUE INTEGRA O ROL DE VERBOS NUCLEARES DO ART. 33 CAPUT DA LEI Nº. 11.343/06 – AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE ÀS PROVAS DOS AUTOS - VEREDICTO MANTIDO – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

1. – *Apresenta-se Insubsistente a tese de inexistência de prova de traficância quando a conduta do apelante, que trazia consigo, guardava ou transportava 30 gramas de crack, caracteriza um dos verbos nucleares que compõe o tipo penal descrito no art. 33 da Lei 11.343/06. O crime de tráfico caracteriza-se como delito de ação múltipla, ou de conteúdo variado, pois o tipo penal faz referência a várias modalidades de ação. Assim, o simples fato do apelante trazer consigo a substância entorpecente basta para que se verifique a prática do delito de tráfico, pois a sua consumação não exige qualquer resultado ou mesmo comprovação de mercancia.*

2. – *Neste contexto, demonstrado que a conduta do apelante insere-se entre aquelas tipificadas na Lei Anti-Tóxico, não há que se falar em decisão contrária as provas dos autos.*

3. – *Inaplicável a atenuante do art. 65, III, do CPB, quando tratar-se de confissão qualificada, onde o agente admite a conduta apenas para argüir, em seguida a ocorrência de excludente em seu benefício.*

4. – *Sentença mantida, recurso a que se nega provimento" (fls. 48/49).*

O Paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de **24 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 375 dias-multa**, como incurso no art. 121, §2.º, incisos I e IV, do Código Penal, e art. 33, *caput*, e §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, porque, segundo a denúncia, realizou, por "ciúme possessivo", três disparos de arma de fogo contra a vítima nas proximidades de um bar, vindo a ser encontrados em sua posse, ainda, cerca de 30g de *crack*. A sentença foi confirmada *in totum* pela Autoridade Impetrada.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega a Defensoria Pública, em suma, ilegalidade na **dosimetria da pena**, consistente na valoração indevida, em ambos os crimes, da personalidade e da conduta social do acusado. Sustenta, ainda, que a minorante prevista no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 foi fixada no patamar de 1/4, abaixo do máximo legal, sem fundamentação. Requer, em razão disso, a redução das penas aplicadas.

Informações às fls. 57/87.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 123/126).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 267.116 - TO (2013/0084709-0)**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. READEQUAÇÃO DA PENA-BASE EM AMBOS OS CRIMES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NA FRAÇÃO DE 1/4. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que o Paciente foi condenado às penas de 24 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 375 dias-multa, como incurso no art. 121, §2.º, incisos I e IV, do Código Penal, e art. 33, *caput*, e §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal.

4. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

5. No caso, a personalidade foi desvalorada com base em elementos inerentes ao tipo penal. Por outro lado, a ausência de trabalho lícito e o uso de entorpecentes não constituem motivação idônea para desvalorização da conduta social do Paciente. Precedentes.

6. A natureza e a qualidade da droga apreendida – 30 gramas de "crack" – justificam a não aplicação do redutor previsto no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços).

7. Não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante, 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.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para reduzir a pena-base aplicada ao Paciente e, conseqüentemente, readequar a reprimenda total para 17 anos e 09 meses de reclusão e 375 dias-multa, em regime inicial fechado.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### VOTO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

*"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.*

*Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.*

*O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**haver entendido** tratar-se de “utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais”.

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça **salientou, com apoio** em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

**Preocupa-me**, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “**habeas corpus**”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

**Delineado**, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

**Torna-se fácil concluir**, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis.” (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

“Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS.” (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, a insurgência da Defensoria Pública cinge-se à dosimetria da pena. Alega que a pena-base do Paciente deve ser reduzida ao mínimo legal em ambos os crimes, e que, com relação ao tráfico de drogas, a minorante prevista no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006 deve ser aplicada em seu grau máximo.

Para boa compreensão da controvérsia, confirmam-se as razões de decidir do Juízo sentenciante, integralmente acatadas pelo Tribunal de origem quando do exame do apelo defensivo:

*"1.0 Do crime de homicídio.*

*1.1 Das circunstancias judiciais (art. 59, CP).*

*O acusado nao registra antecedente criminal.*

*Sua conduta social e repreensível.*

*Com efeito, o acusado nao fez prova de exercício de profissão e de que estava trabalhando na época do crime, nao estudava e fazia uso habitual de substancia entorpecente.*

*A personalidade do acusado revela tratar-se de pessoa agressiva, impetuosa e possessiva.*

*Nada ha para ser considerado acerca do motivo do delito porque integra o tipo penal.*

*As circunstancias em que o crime foi praticado integram o tipo penal, pois o qualificam. Dai a impossibilidade de levá-las em consideração nesta fase também.*

*As conseqüências do crime foram inerentes ao tipo penal.*

*A vitima nao contribuiu, facilitou ou instigou a pratica do delito.*

*Do denunciado era esperada conduta absolutamente diversa da desenvolvida.*

*Com seu comportamento ele desrespeitou as leis vigentes.*

*A culpabilidade da conduta praticada pelo reu e dele próprio deve corresponder a patamar de pena acima do mínimo legal. Isso porque ha duas circunstancias judiciais desfavoráveis (conduta social e personalidade).*

*A pena do crime de homicídio qualificado varia de doze a trinta anos de reclusao.*

*Pelas razoes acima expostas, fixo pena-base em 16 (dezesseis) anos e 6 (seis) meses de reclusao.*

*1.2 Das circunstancias legais (agravantes e atenuantes).*

*Ha uma circunstancia agravante incidente no caso:*

*por ter o acusado utilizado recurso que dificultou a defesa da vitima.*

*Aumento a pena, portanto, em 1/6 (um sexto) tornando-a 19 (dezenove) anos e 3 (tres) meses de reclusão.*

*Não há circunstâncias atenuantes a serem observadas.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*pena.*

*Não ha referidas causas a serem analisadas, razão por que torno definitiva a pena fixada no item 1.2.*

*2.0 Do crime de trafico de drogas.*

*2.1 Das circunstancias judiciais (art. 59, CP).*

*O acusado não registra antecedente criminal.*

*Sua conduta social e repreensível.*

*Com efeito, o acusado não fez prova de exercicio de profissao e de que estava trabalhando na epoca do crime, não estudava e fazia uso habitual de substancia entorpecente.*

*A personalidade do acusado revela tratar-se de pessoa agressiva, impetuosa e possessiva.*

*O motivo, as circunstancias e consequencias do delito são inerentes ao tipo penal.*

*A vitima e toda Sociedade Araguainense, mas isso não serve nem para agravar nem para amenizar a gravidade da conduta do acusado.*

*Do denunciado era esperada conduta absolutamente diversa da desenvolvida.*

*vigentes.*

*Com seu comportamento ele desrespeitou as leis vigentes.*

*A culpabilidade da conduta praticada pelo réu e dele próprio deve corresponder a patamar acima do mínimo legal. Isso porque ha duas circunstancias judiciais desfavoráveis (conduta social e personalidade).*

*Apenas do crime de trafico de drogas varia de cinco a quinze anos de reclusão e multa.*

*Pelas razoes acima expostas, fixo pena-base em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusao e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa na base de um trigésimo do salário mínimo vigente a época do crime.*

*2.2 Das circunstancias legais (agravantes e atenuantes).*

*Não ha referidas circunstancias a serem analisadas.*

*2.3 Das causas de aumento e de diminuicao da pena.*

*Não ha causas de aumento de pena a serem analisadas.*

*Por outro lado, ha uma causa de diminuicao de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06.*

*Por isso, diminuo as penas em 1A considerando a quantidade de droga e de dinheiro apreendidos tornando-as 5 (cinco) anos 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusao e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa na base de um trigésimo do salário mínimo vigente a época do crime.*

*Faço isso como forma de reprimir a conduta desenvolvida e prevenir a sociedade de investidas da espécie da tratada nos autos.*

*Somando as penas porque os crimes foram praticados em concurso material, alcança-se o total de 24 (vinte e quatro) anos 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa na base de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do crime.*

*O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado" (fls. 23/27.)*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pois bem.

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No caso, como se vê, não há, em ambos os crimes, circunstâncias judiciais capazes de levar a pena-base a patamar superior ao mínimo legal. A personalidade foi desvalorada com base em elementos inerentes ao tipo penal. Por outro lado, a ausência de trabalho lícito e o uso de entorpecentes não constituem motivação idônea para a desvalorização da conduta social do Paciente.

Exemplificativamente, *mutatis mutandis*:

*"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAQUELA PRÓPRIA DO TIPO. INVIABILIDADE. AÇÃO PENAL SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA COMO MAUS ANTECEDENTES.*

*IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. DESEMPREGO. ARGUMENTO INIDÔNEO. DESFAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.*

*1. Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.*

*2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.*

**3. O fato de o paciente não trabalhar, por si só, não evidencia a**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***negatividade das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade, tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio, e não algo tencionado.***

4. Considerando que o delito foi praticado próximo a várias pessoas, colocando em risco também a vida de terceiros, justificada está a maior elevação na reprimenda básica, pois desfavoráveis as circunstâncias do crime.

5. Remanescendo circunstância judicial negativa, devidamente justificada na sentença, não há como fixar a sanção básica em seu mínimo legal, como pretendido.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 13 (treze) anos de reclusão, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado". (HC 120.154/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011 – grifei.)

***"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL.***

***IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO. CONDENAÇÃO. PENA-BASE. AUMENTO PELO USO DE DROGAS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.***

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. ***Conforme entendimento das duas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o fato de o réu ser usuário de droga, por si só, não justifica a valoração negativa de sua conduta social e o consequente aumento da pena-base. A afirmação de que sua renda mensal não é suficiente para sustentar o vício igualmente não autoriza o acréscimo da sanção.***

3. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda imposta ao paciente". (HC 186.270/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 29/04/2013 – grifei.)

Com relação à aplicação da minorante prevista no art. 33, §4.º, da Lei n.º 11.343/2006, não há ilegalidade a ser reparada.

O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso 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**" (grifei). Esse critério, por certo, deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar, de modo adequado, a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas, de modo adequado.

Não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, mas apenas da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 o patamar de redução a ser aplicado em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

*"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE, NA HIPÓTESE DE COMETIMENTO APÓS A LEI N.º 11.464/2007. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA, ENTRETANTO, QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, O QUE NÃO CONSTITUI A HIPÓTESE DOS AUTOS. ORDEM 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, a quantidade da droga apreendida - 273,4 gramas de crack - justifica a aplicação do redutor em seu grau mínimo, qual seja: 1/6 (um sexto), 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 regime fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, for substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes.*

6. *Ordem denegada.*" (HC 213.311/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 07/03/2012.)

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. ORDEM DENEGADA.*

1. *Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.*

2. *Juízo de proporcionalidade que admite a aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a elevada quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida com a paciente - 1,540 kg de "crack", cuja nocividade é maior do que a de outras drogas.*

3. *Ordem denegada.*" (HC 150.406/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 09/03/2011.)

Na espécie, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a qualidade da droga apreendida – 30 gramas de "crack" –, conforme ponderado pelo acórdão combatido, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (dois terços), observando-se a proporcionalidade necessária e suficiente para reprovação do crime.

A propósito, vejam-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

*"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ORDEM DENEGADA.*

*I – As instâncias ordinárias não deixaram de justificar a aplicação da causa de diminuição em seu grau mínimo, pois se reconheceu que a quantidade de droga apreendida, bem como sua natureza, seriam fundamentos hábeis a aplicar a redução em seu patamar mínimo, ou seja, em 1/6.*

*II - O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, tendo plena discricionariedade para fixar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - A pena imposta ao paciente pela prática do crime de tráfico não desbordou dos lindes da proporcionalidade e razoabilidade.

IV - Ordem denegada." (STF, HC 106.611/MG, 1.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 03/03/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à não-aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo.

2. O fato de o paciente possuir bons antecedentes e boa conduta social, apesar de permitir a incidência da causa especial de diminuição de pena, não obriga sua aplicação em seu grau máximo, mormente quando, na espécie, o réu possui personalidade voltada ao mundo do crime.

3. Foi grande a quantidade de droga apreendida, o que reforça a impossibilidade de se reduzir a pena em 2/3 (dois terços).

4. Habeas corpus denegado." (STF, HC 100.755/AC, 2.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 07/05/2010.)

Assim, não havendo ilegalidade patente no *quantum* de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, 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.

Considerando que as penas-base de ambos os crimes deve ser reduzida ao mínimo legal, passo ao redimensionamento da pena.

- Crime de tráfico de drogas: pena-base no mínimo legal; ausentes agravantes ou atenuantes; com a redução de 1/4 na terceira fase, por força da minorante prevista no art. 33, §4º da Lei n.º 11.343/2006, as penas definitivas alcançam o patamar de 03 anos e 09 meses de reclusão, e 375 dias-multa, em regime inicial semiaberto, considerando a quantidade e qualidade da droga apreendida (art. 33, §3º, do Código Penal c.c. art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

- Crime de homicídio qualificado: pena-base no mínimo legal; aumento de 1/6 em razão da agravante reconhecida na sentença, totalizando 14 anos de reclusão, a qual torno definitiva, ante a inexistência de outras circunstâncias modificadoras. O regime inicial é o fechado, tendo em vista o *quantum* de pena aplicado.

Somadas em concurso material, as penas do Paciente restam definitivamente estabelecidas em **17 anos e 09 meses de reclusão e 375 dias-multa**, mantido o regime fechado em razão do *quantum* de pena aplicado.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PARCIALMENTE A ORDEM, DE OFÍCIO, para reduzir a pena-base aplicada ao Paciente e, consequentemente, readequar a reprimenda total para 17 anos e 09 meses de reclusão e 375 dias-multa, em regime inicial fechado.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0084709-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 267.116 / TO**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110005861170 2011000601809 5006260642012827000 50062606420128270000

EM MESA

JULGADO: 11/02/2014

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS  |
| ADVOGADO   | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS  |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS |
| PACIENTE   | : DIONALDO SOUZA COSTA                       |

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

#### **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 e concedeu parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.