



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.963 - SP (2012/0258743-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DENNIS NZEMKA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : DENNIS NZEMKA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM SEU GRAU MÁXIMO. 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. 3. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. **MODUS OPERANDI**, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, 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. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as 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 prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Para a não aplicação da causa especial de redução em seu patamar máximo, considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime, evidenciada pelo **modus operandi** da ação delituosa e pela maior periculosidade social do paciente, haja vista ter sido apreendido, no Aeroporto Internacional de Guarulhos, tentando embarcar em voo com destino final em Libreville/Gabão e conexão em Joanesburgo/África do Sul, trazendo consigo 28.875g (vinte e oito mil oitocentos e setenta e cinco gramas) de cocaína em sua mala, distribuídos em 11 (onze) peças metálicas da engrenagem da sua bagagem - entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante em quantidade apta a atingir um número bem maior de usuários -, contribuindo, portanto, com a distribuição de entorpecentes em escala mundial. Assentou-se, ainda, haver fortes indícios de que, nas outras passagens de curta duração pelo Brasil, já vinha exercendo o tráfico internacional de entorpecentes. Essa conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento ilegal passível de ser remediado por meio deste **writ**.

3. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, embora a sanção imposta seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, pelos motivos já expostos (**modus operandi**, natureza e quantidade da droga apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos.

4. Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 23 de abril de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.963 - SP (2012/0258743-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício próprio por Dennis Nzemka, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 590 (quinhentos e noventa) dias-multa, nos termos da sentença de fls. 29/45.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal na Corte **a quo**, tendo a Primeira Turma, em julgamento unânime, negado provimento ao recurso defensivo, mas corrigido de ofício a pena de multa, reduzindo-a para 584 (quinhentos e oitenta e quatro) dias-multa; mantendo-se, no mais, a sentença condenatória, em acórdão assim ementado (fls. 51/52):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. NULIDADE DO LAUDO PERICIAL. AFASTADA. PENA-BASE. MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 MANTIDA NO PERCENTUAL MÍNIMO. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I - Não procede a alegação da defesa de nulidade do laudo pericial, em razão da quantidade da droga periciada, porquanto é usual realizar-se o exame químico toxicológico apenas em porcentagem do total da droga apreendida. Ademais, a própria defesa não impugnou o laudo pericial no momento oportuno, mais que isso, sequer alegou a suposta nulidade em sede de alegações finais. Pelo contrário, em suas alegações finais, reconhece a existência da materialidade e autoria do delito.

II - A materialidade do delito, portanto, restou demonstrada pelo Laudo Preliminar de Constatação (fls. 06/07) e pelo Laudo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Toxicológico Definitivo (fls. 124/128)), que atestou tratar de cocaína a substância constante em uma das 11 peças metálicas apreendidas com o apelante. Ademais, no momento da dosimetria da pena, a magistrada sentenciante não levou em consideração o total da substância apreendida (28.875g), mas sim a quantidade periciada (2.550g), quantidade esta suficiente para caracterizar o delito de tráfico internacional de entorpecentes

III - Se o réu é primário e não registra antecedentes, mas em decorrência da quantidade e qualidade da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, a pena-base deve ser majorada nos mesmos termos da sentença recorrida.

IV - Deve ser mantido o percentual mínimo de 1/6 (um sexto) na redução da pena, prevista o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, inclusive o modo como a droga foi transportada, dentro de onze 11 peças metálicas, muito bem lacradas, além do iter criminis que o apelante pretendia percorrer, embarcando no Brasil, fazendo conexão em Joanesburgo/África do Sul, com destino final a Libreville/Gabão.

V - Não existe respaldo legal para a aplicação do regime inicial aberto ou semiaberto para o cumprimento de pena decorrente da prática do delito de tráfico internacional de entorpecentes, em razão do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos. O regime inicial adequado é o fechado, conforme alteração pela Lei 11.464/2007, mormente quando a ocorrência do fato delituoso é posterior a vigência da nova lei

VI - Não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que não se encontram preenchidos os requisitos do art. 44 do Código penal, porquanto a pena privativa de liberdade aplicada supera 4 (quatro) anos.

XI - Recurso desprovido.

Por isso a presente impetração, na qual se busca, em síntese, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu patamar máximo. Argumenta, no particular, "que o paciente é primário e não registra antecedentes, bem como ausente qualquer indicação nos autos de prova concreta de que o impetrante participasse de organização criminosa e/ou se dedicasse a prática de atividades ilícitas" (fl. 69).

Sublinha, outrossim, que o regime inicial fechado foi fixado com base unicamente na gravidade abstrata do delito, em ofensa aos enunciados sumulares nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria das Mercês de C. Gordilho Aras, opinou pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não conhecimento deste feito (fls. 78/85).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.963 - SP (2012/0258743-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

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-se 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Em razão disso, 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. Assim, 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 (AgRg no HC n.º 239.957/TO, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11/6/2011 e HC n.º 201.483/SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 27/10/2011).

Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão 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.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, 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, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No caso dos autos, insurge-se o 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 Tribunal Superior 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.

Cumpre 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, 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 magistrado ao aplicar a mencionada minorante, no que interessa, **in verbis** (fls. 38/40):

*Ainda na terceira fase, em que devem ser consideradas as causas de diminuição e de aumento da pena, verifico a existência de causa de diminuição, em razão do disposto no 4º, do artigo 33, da Lei de regência. Todavia, manifesto trata-se de uma **questão tormentosa para o magistrado**. Explico:*

*Ao que parece, não existem dúvidas acerca da necessidade de concorrência de **todos** os requisitos do **caput** para a incidência da diminuição em questão. Entretanto, uma vez no âmbito da causa de diminuição de pena, surge a dúvida a respeito dos critérios que devem ser usados para calibrar a diminuição.*

Num apanhado geral, poderíamos dizer que a Lei 11.343/2006 veio a lume com o nítido intuito de descriminalizar a conduta do dependente/usuário de drogas, recrudescer o tratamento penal aos traficantes e, ao mesmo tempo, permitir a valoração da conduta de cada um dos envolvidos na cadeia do tráfico de acordo com a maior ou menor potencialidade lesiva de suas condutas.

*Essa intenção fica clara quando se considera o aumento da pena-base para o tráfico, no **caput** do artigo 33, a previsão de diversos tipos penais inexistentes na legislação anterior e os termos da Mensagem de Veto nº 724, de 23/08/2006, especificamente no tangente à justificativa do veto ao art. 71 da lei recém-promulgada:*

"A idéia fundamental do novo tratamento legislativo e judicial exige, para sua efetividade, um tratamento diferenciado entre o usuário/dependente e o traficante, objetos de tutela judicial diversos. Consolida este modelo não só a separação processual, mas é essencial que os destinatários de cada modelo sejam processados em unidades jurisdicionais diferentes, como previsto no sistema geral da nova lei: Juizado Especial para usuários/dependentes e justiça comum para traficantes. "

De fato, a nova legislação atendeu a antigo apelo da doutrina e da jurisprudência ao estabelecer em seu bojo critérios que nortegassem, a atuação do magistrado na fixação da pena, conferindo-lhe instrumentos para diferenciar a conduta dos distintos membros participantes de uma cadeia de tráfico, punindo com mais severidade aqueles que estão no topo da cadeia e com menor rigor aqueles que estão em sua base, e oferecem, dessa forma, menor potencialidade lesiva.

*Daí porque o rigor do **caput** do artigo 33 foi atenuado por uma figura*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privilegiada, que admite a redução 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" (cf. art. 33, 4º, com grifos nossos).

*No caso em tela, verifico que, ainda que não haja prova que o réu se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, tampouco tenha sido apresentado qualquer prova em contrário que macule a situação de primariedade e de bons antecedentes, há fortes indícios de que **DENNIS NZEMKA** já tenha outrora colaborado com a disseminação do tráfico.*

Com efeito, verifico pelo passaporte do réu registros migratórios de viagens com período de curta permanência a sugerir exatamente conduta como a que pretendia realizar quando obstado pela prisão em flagrante. Ademais, esta não é a primeira vez que vem ao Brasil e a frágil explicação dada pelo réu indica que as viagens anteriores também tenham sido em razão do mesmo propósito - transporte internacional de entorpecentes.

*De forma **até reiterada** conclui-se que a conduta do réu está inserida em estágio intermediário da cadeia do tráfico. **Não se possa ignorar que sua conduta viria a contribuir para a distribuição de entorpecentes em escala mundial, sendo, dessa forma, potencialmente mais gravosa que o mero abastecimento do mercado interno.***

Feitas essas considerações, entendo por aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, 4º, da Lei 11.343/06, no mínimo legal, em 1/6, pelo que torno a pena definitiva em 5 anos, 10 meses de reclusão.

Por seu turno, o Tribunal **a quo**, ao negar provimento ao recurso defensivo, mantendo a dosimetria realizada, assim se manifestou (fls. 48/49):

*Entendo deva ser mantido o percentual mínimo de 1/6 (um sexto) na redução da pena, em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, inclusive o modo como a droga foi transportada, dentro de onze 11 peças metálicas, muito bem lacradas, além do **iter criminis** que o apelante pretendia percorrer, embarcando no Brasil, fazendo conexão em Joanesburgo/África do Sul, com destino final a Libreville/Gabão, motivo pelo qual resta a pena fixada, definitivamente, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 584 (quinhentos e oitenta e quatro) dias-multa.*

Do excerto destacado, observa-se que, para a não aplicação da causa especial de redução em seu patamar máximo, considerou-se, em especial, a gravidade concreta do crime, evidenciada pelo **modus operandi** da ação delituosa e pela maior periculosidade social do paciente, haja vista ter sido apreendido, no Aeroporto Internacional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Guarulhos, tentando embarcar em voo com destino final em Libreville/Gabão e conexão em Joanesburgo/África do Sul, trazendo consigo 28.875g (vinte e oito mil oitocentos e setenta e cinco gramas) de cocaína em sua mala, distribuídos em 11 (onze) peças metálicas da engrenagem da sua bagagem - entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante em quantidade apta a atingir um número bem maior de usuários -, contribuindo, portanto, com a distribuição de entorpecentes em escala mundial.

Assentou-se, ainda, haver fortes indícios de que, nas outras passagens de curta duração pelo Brasil, já vinha exercendo o tráfico internacional de entorpecentes.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)

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

Consoante preceituam os arts. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, embora a sanção imposta seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, pelos mesmos motivos já expostos (**modus operandi** da ação delituosa e natureza e quantidade da droga apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, 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.**

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).

Ante o exposto, não conheço da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0258743-0

HC 260.963 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 64549820104036119

EM MESA

JULGADO: 23/04/2013

Relator

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

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 : DENNIS NZEMKA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : DENNIS NZEMKA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros 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.