



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.695 - SP (2015/0130222-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : LUCIANO PEREIRA DA CRUZ
ADVOGADO : LUCIANO PEREIRA DA CRUZ - SP282340
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERLON ROBSON GOMES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 8 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDOS DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DO FLAGRANTE E DE APELAR EM LIBERDADE NÃO APRECIADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE ELEVADA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- As matérias relativas à nulidade do flagrante e do pedido de recorrer em liberdade não foram apreciadas pelo acórdão recorrido, o que impossibilita a análise dos temas diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que não há ilegalidade no afastamento da pena-base em apenas 1/6 acima do mínimo legal com lastro na quantidade elevada das drogas apreendidas, a saber, *1,910 kg de maconha, 168g de cocaína e 34g de crack*, argumento válido para tal fim, pois em consonância ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.
- *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.695 - SP (2015/0130222-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUCIANO PEREIRA DA CRUZ
ADVOGADO : LUCIANO PEREIRA DA CRUZ - SP282340
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERLON ROBSON GOMES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de ERLON ROBSON GOMES DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0080332-18.2011.8.26.050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, e art. 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, na forma do art. 69 do CP, às penas de 8 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.280 dias-multa, ocasião em que lhe foi negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformadas, ambas as partes interpuseram apelação. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso interposto pelo paciente, em acórdão que traz a seguinte ementa (fl. 70):

TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Acusados que integravam organização que, a partir de bairro localizado na Zona leste da Capital, abastecia cidades do litoral paulista. Condenações mantidas. Recursos defensivos improvidos.

CORRUPÇÃO ATIVA e POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. Absolvição. Inadmissibilidade. Acusado que ao ser preso, com expressiva quantidade de drogas, ofereceu arma aos milicianos em troca de sua liberdade. Condenação mantida. Recurso defensivo não provido.

PENA. Exasperação. Possibilidade. Diante da quantidade de drogas apreendidas com um dos acusados, de rigor a mitigação do índice redutor do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, com a conseqüente majoração da pena. Recurso ministerial parcialmente provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na presente impetração, a defesa sustenta, inicialmente, haver constrangimento ilegal em razão da alegada nulidade processual, por ausência de estado de flagrância, uma vez que inobservados os requisitos previstos nos arts. 302, I a IV, e 303, ambos do CPP, ao fundamento de que "com o paciente não foi encontrada a quantidade de entorpecente mencionada, estando a acusação fundada em meras conjecturas que escoram-se em pretensa investigação campal aludindo que o local (sobrado) era depósito de entorpecente, porém, não há nada nos autos que faça presumir que o apelante esteja atrelado aos pretensos fatos contra si perpetrados, além de não possuir qualquer liame com o delito de tráfico ilícito de drogas" (fl. 12).

Insurge-se, ainda, contra a fixação da pena-base acima do mínimo legal e a negativa do direito de recorrer em liberdade.

Diante disso, requer, liminarmente, a declaração de nulidade do processo, em razão da ausência de estado de flagrância, com a expedição de alvará de soltura em favor do paciente para que possa apelar em liberdade. No mérito, requer a fixação da pena-base no mínimo legal e a concessão do direito de recorrer em liberdade.

Pedido liminar indeferido (fls. 90/92).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela inadmissibilidade do presente *writ* (fls. 99/104).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.695 - SP (2015/0130222-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a declaração de nulidade processual, por ausência de estado de flagrância, uma vez que inobservados os requisitos previstos nos arts. 302, I a IV, e 303, ambos do CPP. Além disso, requer a redução da pena-base do delito de tráfico de entorpecentes e o direito de recorrer em liberdade.

De pronto, destaque-se que as matérias relativas à nulidade do flagrante e do pedido de recorrer em liberdade não foram apreciadas pelo acórdão recorrido, o que impossibilita a análise dos temas diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITUOSA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. SUPERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

7. No pertinente à alegação de inexistência de flagrante, verifica-se que tal questão não foi objeto de julgamento pelo Tribunal de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 54.642/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 19/10/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. SUMULA 440 STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...)

5. Não tendo a tese de constrangimento ilegal pelo indeferimento do direito de recorrer em liberdade sido objeto de apreciação pela Corte a quo, e ausentes embargos de declaração, não pode ser conhecida por este Tribunal, sob pena de incorrer-se em supressão de instância.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar, fixar o regime inicialmente aberto de cumprimento pena, bem como substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo de 1º grau. (HC 362.723/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 11/10/2016) - grifei.

Prosseguindo, requer a defesa a redução da pena-base do delito de tráfico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de entorpecentes para o mínimo legal.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No caso, o sentenciante estabeleceu a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes acima do piso legal, em 5 anos e 10 meses de reclusão, com lastro na seguinte fundamentação (fl. 666):

Para ERLON e JOSÉ DONATO. fixo a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão, considerando, também, o volume do entorpecente apreendido (expressivo, embora menor do que os corréus) e também nego a redução, considerando que juntamente com material apreendido vinculado a distribuição de entorpecentes em grande escala, estão também distantes do tráfico eventual. (...) Sanções pecuniárias respectivas: 580 diárias para ERLON; 678 para JOSÉ DONATO.

O Tribunal revisor manteve íntegro o montante da pena imposto na sentença, tendo o voto condutor do acórdão feito as seguintes ponderações (fls. 83/84):

Em relação a ERLON e JOSÉ DONATO, para o crime de tráfico, eles também tiveram as penas-base fixadas acima do patamar mínimo à espécie, em 05 anos e 10 meses de reclusão, mais 580 dias-multa, em razão do volume de drogas apreendidas (01 tijolo de maconha, com peso de 1,910kg, 168g de cocaína e 34g de crack). Na segunda fase da dosimetria, reconhecida a reincidência de JOSÉ DONATO, cf. certidões de fls. 420/421 e 526, a sanção foi corretamente elevada a 06 anos e 10 meses de reclusão, mais 678



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa. Não há falar em aplicação da redutora, ante a manutenção da condenação por associação para o tráfico.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que não há legalidade no afastamento da pena-base em apenas 1/6 acima do mínimo legal com lastro na quantidade elevada das drogas apreendidas, a saber, 1,910kg de maconha, 168g de cocaína e 34g de crack, argumento válido para tal fim, pois em consonância ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e à jurisprudência desta Corte, que destaco:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA RELATIVA À TRANSNACIONALIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.
(...)

III- A apreciação negativa dos vetores contidos no art. 42 da Lei de Drogas (quantidade e natureza do entorpecente) justifica a exasperação da pena-base, de modo que não cabe se falar em insuficiência na fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias quanto a este ponto.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 625.887/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 19/10/2016).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE NULIDADE POR OFENSA AO ART. 212 DO CPP. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DO IMPULSO OFICIAL. NULIDADES RELATIVAS. NÃO ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO E NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. TESE DE FRAGILIDADE DAS PROVAS. VIA IMPRÓPRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRESENÇA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM ATIVIDADE CRIMINOSA. PLEITOS DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO E DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA RECLUSIVA SUPERIOR A 8 ANOS. PRETENSÃO DE ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

5. No que concerne ao tráfico de entorpecentes, considerar-se-á na fixação da pena-base, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Inteligência do art. 42 da Lei 11.343/06.

6. O aumento da pena-base da paciente não se mostra, no caso, desarrazoada ou desproporcional, já que devidamente fundamentada em elementos concretos (quantidade e natureza da droga apreendida) e condizentes com o entendimento desta Corte acerca do tema.

Precedentes .

(...)

10. Habeas corpus não conhecido. (HC 298.169/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016).

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do habeas corpus**, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0130222-0

HC 325.695 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0080332188260050 20150000307068 80332188260050

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LUCIANO PEREIRA DA CRUZ
ADVOGADO	: LUCIANO PEREIRA DA CRUZ - SP282340
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ERLON ROBSON GOMES DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: JOSE DONATO ALVES DA SILVA
CORRÉU	: VANDERCLIDES PAULINO DOS SANTOS
CORRÉU	: MICHAEL DE SOUSA MARTINS
CORRÉU	: IVANILDO FIRMINO DE JESUS
CORRÉU	: RODRIGO PACHECO DIAS PIRES
CORRÉU	: MÁRCIO MENEZES SOARES
CORRÉU	: VANESSA CRISTINA BARBOSA BERTI

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.