



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.784 - SP (2015/0228501-8)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DJAIR TELES SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso cabível, este Superior Tribunal analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

3. A pena-base foi fixada em 2 anos acima do piso mínimo e, ao contrário do que alega o impetrante, não há falar em ausência de justificativa, porquanto, lastreada no caso concreto, a motivação foi baseada na natureza e quantidade das substâncias entorpecentes, 105 porções de maconha, 105 porções de cocaína e 176 porções de *crack*.

4. Não é devida na hipótese dos autos a incidência da causa de diminuição da pena, pois a motivação trazida pela instância ordinária foi de não ser ocasional o envolvimento do paciente com a atividade ilícita.

5. É adequado o regime fechado de cumprimento da pena para o total da reprimenda fixada, acima de 8 anos de reclusão.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus* nos termos do voto do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 28 de junho de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.784 - SP (2015/0228501-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Djair Teles Silva**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à Apelação Criminal n. 0065857-86.2013.8.26.0050 (fl. 33):

Apelação. Crime de tráfico de drogas majorado. Sentença condenatória. Recurso defensivo. 1. Quadro probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade penal do réu. 2. Incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06. 3. Circunstâncias do caso que desnudam um cenário incompatível com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. 4. A conduta do réu, aferida à luz dos dados empíricos da causa, revestiu-se de elevado grau de culpabilidade, a justificar a imposição do regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como a não substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. 5. Recurso não provido.

O paciente foi condenado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 700 dias-multa, por ter sido incurso nos arts. 33, *caput*, e 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo 105 porções de maconha, 105 porções de cocaína e 176 porções de *crack*.

Alega a impetrante ser devida a aplicação da pena-base no mínimo legal, porquanto o aumento em 2 anos, na hipótese dos autos, não se firmou em justificativa lastreada no caso concreto, além do que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal devem ser consideradas em favor do paciente. Sustenta que o paciente é primário, de bons antecedentes, sendo certo, ainda, que elementos inerentes à própria condenação não podem ser considerados para majorar a pena-base.

Afirma, também, que a quantidade da substância entorpecente não se mostra excessiva, a ponto de majorar a pena-base.

Por fim, pede a incidência da causa de diminuição da pena (art. 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4º, da Lei de Drogas) em seu patamar máximo, bem como seja fixado o regime inicial menos gravoso, com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Às fls. 53/55, decisão deste Relator indeferindo a liminar.

O parecer ministerial é pelo não conhecimento da impetração (fl. 101):

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. IDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS (COCAÍNA E CRACK). AUSÊNCIA DE MANIFESTA DESPROPORCIONALIDADE. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. ELEMENTOS A INDICAR A DEDICAÇÃO DO CONDENADO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO OU SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS. MEDIDA QUE SERIA INSUFICIENTE. Pelo não conhecimento da impetração e, ausente manifesta ilegalidade, incabível a concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.784 - SP (2015/0228501-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

De início, observo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso próprio, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Admite-se, porém, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade (HC n. 260.651/RO, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 20/6/2014).

Assim, no presente caso, será feita a análise do alegado constrangimento, para se verificar a existência de flagrante ilegalidade, a ponto de ser devida a atuação de ofício desta Corte Superior.

O paciente foi condenado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 700 dias-multa, por ter sido incurso nos arts. 33, *caput*, e 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo 105 porções de maconha, 105 porções de cocaína e 176 porções de *crack*.

A pena-base foi fixada em 2 anos acima do piso mínimo e, ao contrário do que alega o impetrante, não há falar em ausência de justificativa, porquanto, lastreada no caso concreto, a motivação foi baseada na natureza e quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas (105 porções de maconha, 105 porções de cocaína e 176 porções de *crack*). Confira-se parte dos fundamentos da sentença (fl. 27):

[...] Para fixação da pena inicial a ser imposta, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza da droga [...] o réu foi apreendido com cocaína na forma de crack, o que indica, exatamente, maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente tem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode, inclusive, viciar no primeiro uso. (...) Não bastasse, tinha ainda em seu poder cocaína em pó e maconha, drogas extremamente perigosas, como cediço [...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM 1/6. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE PREJUDICADA, DIANTE DA MANUTENÇÃO DA REPRIMENDA. AUSÊNCIA DE REQUISITO OBJETIVO. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas é pacífico no âmbito deste Sodalício o entendimento de que a fixação da reprimenda básica deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, conforme o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. *In casu*, a ré foi flagrada com considerável quantidade de cocaína, circunstância apta para exasperar a pena-base. [...]

3. Mantida a reprimenda nos patamares fixados pela Corte local, resta prejudicada a análise do pedido de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, diante da ausência do requisito objetivo previsto no artigo 44, I, do Código Penal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 635.335/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/5/2016)

Também não é devida, na hipótese dos autos, a incidência da causa de diminuição da pena, pois a instância ordinária entendeu não ser ocasional o envolvimento do paciente com a atividade ilícita. Confira-se trecho do acórdão recorrido (fl. 41):

[...] O acusado trazia consigo elevadíssima quantidade de drogas, a indicar um acentuado envolvimento no comércio espúrio, ou seja, a não ocasionalidade da conduta. Além disso, não demonstrou exercer atividade lícita e registra uma outra condenação, em primeiro grau, por tráfico de drogas, tudo a sinalizar ser pessoa dedicada às atividades criminosas. [...]

A propósito:

- Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade elevada da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, **em razão da dedicação do paciente às atividades criminosas**, que ficou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida e pelas circunstâncias em que ocorreram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o delito.

(HC n. 288.046/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 8/6/2016 – grifo nosso)

Não é possível o reexame desse entendimento, quanto à dedicação a atividades criminosas, em sede de *habeas corpus*, além de ter sido mencionado que essa conclusão não se deu apenas pela *elevadíssima quantidade de drogas*, mas também pelo fato de o paciente possuir outra condenação em primeiro grau, pelo mesmo crime de tráfico, tudo a sinalizar a sua ocupação com atividades ilícitas. De fato, o Tribunal de origem, com base nas provas produzidas nos autos, entendeu que o paciente se dedica à atividade criminosa. Para afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus* (HC n. 348.983/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 10/6/2016).

Assim, é adequado o regime fechado de cumprimento da pena para o total da reprimenda fixada, acima de 8 anos de reclusão. Ademais, *a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso* (HC n. 351.735/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta turma, DJe 31/5/2016).

Por fim, *embora o paciente seja primário [...] o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista a natureza, a diversidade e a quantidade da droga apreendida* (HC n. 321.613/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 10/6/2016).

Em face do exposto, **não conheço** da impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0228501-8

HC 335.784 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00658578620138260050 05013006585786 20150000244147 20150000545071 28552013
5013006585786 658578620138260050

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DJAIR TELES SILVA (PRESO)

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.