



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 305.029 - SP (2014/0244748-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN DA SILVA RODRIGUES (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DA NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/3 NA SEGUNDA FASE. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A reprimenda imposta ao paciente encontra-se fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, sendo a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da natureza, quantidade e variedade das drogas. Precedentes.

3. Possibilidade de agravamento da pena em 1/3, na segunda fase da dosimetria, em razão da reincidência específica.

4. *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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de novembro de 2014 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 305.029 - SP (2014/0244748-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de JONATHAN DA SILVA RODRIGUES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos e 4 meses de reclusão, no regime fechado, além de ao pagamento de multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 61 do Código Penal (fls. 28/35).

Inconformada, a defesa interpôs apelação no Tribunal de origem, a qual foi provida para os fins de redimensionar a pena do réu para 8 anos de reclusão no regime fechado e multa, em razão do afastamento dos maus antecedentes (fls. 36/51).

Daí o presente *writ*, onde se sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal porque a pena-base foi exasperada em razão da variedade e da quantidade de drogas apreendidas, a despeito de inexistir previsão legal para tanto, bem como de ter sido pequena a porção de substâncias ilícitas.

Ao final, pleiteia o redimensionamento da pena do paciente.

Não houve pedido de liminar.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou pela denegação da ordem (fls. 61/65).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 305.029 - SP (2014/0244748-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Como relatado, o impetrante sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal porque a dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias foi exacerbada tanto na quantificação da pena-base quanto no percentual da agravante da reincidência.

Sem razão, entretanto.

Quanto ao redimensionamento da penas, assim dispôs o Tribunal de origem:

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, regime fechado e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, no mínimo, justificada a fixação acima em virtude dos maus antecedentes do réu (fls. 03 e 06 do apenso), além da grande quantidade e da natureza das drogas encontradas, uma vez que foram três as substâncias entorpecentes encontradas em sua posse, 'maconha', 'cocaína' e 'crack', todas causadoras de dependência física e psíquica, e que mercê de suas naturezas e de suas quantidades, no fundo, servem de fundamento para o exasperamento da sua pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prepondera sobre a análise do art. 59, 'caput', do Código Penal. Todavia, embora o Juízo de Origem tenha reconhecidos os maus antecedentes, no caso concreto não se depreende das folhas referidas que o réu ostente sentenças condenatórias transitadas em julgado não caracterizadores de reincidência, razão pela qual reduziu as penas para 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no piso, em razão da quantidade e da triplicidade de substâncias entorpecentes encontradas com o réu.

Presente a circunstância agravante da reincidência específica (fls. 13 do apenso), a sua pena deve ser agravada em 1/3, o que a baliza em 08 (oito) anos de reclusão, regime fechado e 800 (oitocentos) dias-multa, no mínimo.

Na terceira fase da dosimetria da pena, o Juízo de Origem entendeu que o réu não fazia jus à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, porque além de ser reincidente, no caso específico, foi abordado com grande quantidade de droga. Por sinal, as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do caso concreto não permitiam, mesmo, o reconhecimento do benefício legal, quer porque o réu foi flagrado em poder de grande quantidade de drogas, 37 papérolas de 'crack', 20 de maconha e 30 pinos de cocaína, além de R\$ 40,00 em dinheiro, a evidenciar que não estava, por mero acaso, a praticar o crime de narcotráfico. Aliás, a própria quantidade de substâncias entorpecentes que ele trazia consigo, não há negar-se, vincula-o a um esquema maior de prática criminosa narcotraficante, a indicar que ele se dedica a atividades criminosas.

...

Deste modo, suas penas restam fixadas no patamar acima mencionado 08 (oito) anos de reclusão, regime fechado e 800 (oitocentos) dias-multa. Ademais, mantém-se o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

...

Outrossim, as circunstâncias do caso em tela revelam, mormente pela natureza das substâncias entorpecentes encontradas com o réu, cocaína, crack e maconha, ... que se impunha mesmo o regime prisional mais gravoso. Não se perdendo de vista que ele é reincidente específico.

Dá-se, pois, parcial provimento ao apelo defensivo, para os fins de se redimensionar a pena do réu para 08 (oito) anos de reclusão, regime fechado e 800 (oitocentos) dias-multa, diária mínima, em razão do afastamento dos seus maus antecedentes, mantida, quanto ao mais, a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 36/51).

Como se vê do trecho transcrito, a reprimenda imposta ao paciente encontra-se fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, sendo a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da natureza, quantidade e variedade das drogas apreendidas. E, diferentemente do que sustentado pelo impetrante, a variedade de drogas pode servir de fundamento para a exasperação da pena-base.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. REINCIDÊNCIA. REDUÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. 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. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, tendo em vista a quantidade e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 11 tijolinhos de maconha, 310 pedras de crack e 18 petecas de cocaína -, (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), e a existência de maus antecedentes. 3. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que não configura bis in idem a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para caracterização de maus antecedentes e aplicação da agravante da reincidência. Na espécie, não há ilegalidade a ser sanada, porquanto foram utilizadas condenações diversas para exasperar a primeira e a segunda fase da dosimetria, em consonância com o entendimento jurisprudencial deste Sodalício. 4. O pleito de redução do quantum de aumento pela agravante da reincidência não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. 5. Habeas corpus não conhecido (HC 269402/RS, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, T6 - SEXTA TURMA, DJe 17/10/2014).

Assim, considerando-se os limites previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – mínimo de 5 (cinco) e máximo de 15 (quinze) anos –, não se mostra desproporcional a fixação da pena-base em 6 (seis) anos, patamar próximo ao mínimo legal, razão pela qual não há como proceder a qualquer reparo nesta sede, por não se vislumbrar infração ao art. 59 do Código Penal.

Também não prospera o argumento de que o aumento gerado pela reincidência não deve ultrapassar 1/6, porque a nossa legislação penal não determina percentuais mínimo e máximo de aumento de pena em razão da incidência de circunstâncias agravantes, cabendo às instâncias ordinárias adequar o percentual dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

In casu, o aumento da pena, na segunda fase, em 1/3, pela agravante da reincidência específica, não se mostra desproporcional diante da situação retratada nos autos.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO SIMPLES. AGRAVANTES GENÉRICAS DE REINCIDÊNCIA E POR TER SIDO O CRIME COMETIDO CONTRA IDOSO (ART. 61, INCISO I e II, ALÍNEA h. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE) SOBRE A PENA-BASE. ANÁLISE DO QUANTUM. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE APROFUNDADO EXAME DA MATÉRIA FÁTICA. ORDEM DENEGADA. 1. Por opção do Legislador, o critério de acréscimo e de diminuição utilizado na segunda fase de aplicação da pena é discricionário, cabendo ao magistrado estabelecer um valor que seja proporcional e razoável, observadas as circunstâncias do caso concreto. Ressalte-se que o patamar de 1/6, embora erigido pela jurisprudência e doutrina como fração média razoável e proporcional, não é necessariamente o máximo a ser acrescido em razão da reincidência e do cometimento de crime contra idoso. 2. As instâncias ordinárias, na segunda fase da dosimetria, agravaram a pena-base em 1/2 (metade), ante a reincidência específica e o pelo fato do crime ter ocorrido contra pessoa idosa. 3. Diante da ausência de manifesta ilegalidade, descabe reexaminar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação apresentada pelo julgador na fixação da pena, pois a via eleita não é adequada para dizer se foi justo ou não o aumento determinado na segunda fase de aplicação da pena, o que pressupõe aprofundado exame das circunstâncias fáticas. 4. Ordem denegada (HC 163063/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, T5 - QUINTA TURMA, DJe 07/03/2012

Registre-se que, somente em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça procede ao reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando for flagrante a ofensa a lei federal, situação incorrente na espécie.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0244748-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 305.029 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00611374720118260050 050110611373 11662011 20140000425854 50110611373
611374720118260050

EM MESA

JULGADO: 25/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN DA SILVA RODRIGUES (PRESO)

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

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.