



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.158 - SP (2016/0219233-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO - SP307975
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAQUIS GOMES DA SILVA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - A exacerbação da pena-base fundamentada tanto na natureza quanto na quantidade do entorpecente apreendido, isolada ou cumulativamente, atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

IV - Na situação destes autos, verifico que o aumento da pena-base em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas - '335 'eppendorfs' contendo cocaína, 12 porções de crack, e 01 porção de maconha' - mostra-se, de fato, fundamentado, pois está em estrita sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de abril de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.158 - SP (2016/0219233-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, em benefício de MAQUIS GOMES DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi condenado às penas de **seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão**, em regime inicialmente fechado, e **seiscentos e oitenta dias-multa**, pela prática do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006 (fls. 30-34).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação criminal, na eg. Corte estadual, que a ela negou provimento, nos termos de v. acórdão assim ementado:

"Preliminar - Nulidade - Inocorrência - Sentença condenatória que expôs a motivação e fundamentação da decisão - Indeferimento de oitiva de testemunha arrolada extemporaneamente - Cerceamento de Defesa - Inocorrência - Preliminares Rejeitadas.

*Apelação da Defesa - Tráfico de Drogas - Provas suficientes à condenação - Réus presos em flagrante - Materialidade e autoria comprovadas - Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes - Apreensão de diversas porções de cocaína, de **crack** e de maconha - Fatores que, associados à prova produzida, levam à conclusão de que os entorpecentes eram destinados ao consumo de terceiros - Pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade de droga apreendida - Incidência da circunstância atenuante da menoridade, em relação ao corréu JÚLIO - Incidência da agravante da reincidência quanto ao corréu MAQUIS - Inaplicabilidade do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas - O benefício encontra óbice na reincidência do corréu MAQUIS - Inaplicabilidade da causa de diminuição em relação ao corréu JÚLIO - O benefício previsto na nova Lei de Drogas somente se aplica ao pequeno e eventual traficante - Circunstâncias do caso vertente que impedem a incidência da mercê - Apreensão de expressiva quantidade de cocaína, de **crack** e de maconha - Aspecto que traduz autêntico exercício de atividade criminosa - Regime Diverso do Fechado - Fixação - Pena Privativa de Liberdade - Restritiva de Direitos - Substituição - Impossibilidade - Mercês incompatíveis com delitos de natureza equiparada a hedionda - Necessidade de maior repressão ao tráfico de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes - Regime fechado que se impõe.

Recurso de apelação desprovido em relação ao corréu MAQUIS e parcialmente provido quanto ao corréu JÚLIO" (fl. 81).

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante alega que, no caso, *"cuida-se de quantidade sequer comparável às apreensões de entorpecentes ocorridas país afora, notadamente, em zonas fronteiriças, usualmente quantificadas em quilos ou mesmo toneladas"* (fl. 05).

Aduz que *"ainda que se cuidem a cocaína e o crack de substâncias nocivas e de consequências sociais prejudiciais, não são tais motivos suficientes para ensejar a elevação da pena de partida, mesmo porque inerentes ao tipo penal"* (fl. 6).

Requer, ao final, seja a ordem concedida *"para o fim de, na primeira etapa da dosimetria da pena, fixar a pena-base do paciente no patamar mínimo legal, ante a inidoneidade e insubsistência dos motivos que levaram à sua exasperação"* (fl. 6).

A liminar foi indeferida, às fls. 68-69.

As informações foram prestadas, às fls. 78-102.

O **Ministério Público Federal** manifestou-se, em parecer de fls. 106-111, pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.158 - SP (2016/0219233-4)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria **caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório**. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - A exacerbação da pena-base fundamentada tanto na natureza quanto na quantidade do entorpecente apreendido, isolada ou cumulativamente, atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

IV - Na situação destes autos, verifico que o aumento da pena-base em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas - *'335 'eppendorfs' contendo cocaína, 12 porções de crack, e 01 porção de maconha'* - mostra-se, de fato, fundamentado, pois está em estrita sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

A Defesa pretende, em síntese, que seja redimensionada a pena-base do paciente, a qual teria sido exasperada com base em motivação inidônea.

Para a adequada delimitação da **quaestio**, colaciono, a seguir, excerto da r. sentença condenatória:

"Apurada a responsabilidade, passo a dosar as penas.

MAQUIS GOMES DA SILVA - Artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006 - Sopesados os critérios estabelecidos nos art. 59 e 60 do Código Penal e o artigo 42 da Lei n.º 11.343/06. fixo a pena base majorada em 1/6 pela natureza da substância traficada. O réu utilizou-se de maconha, crack e cocaína no comércio de entorpecentes, sendo estas últimas substâncias que apresentam maior lesividade à estrutura físico orgânica e com maior e mais rápido grau de dependência. A reincidência (certidão condenatória de fls. 06 do apenso próprio) permite exasperação da pena em 1/6. Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33. § 4º. da Lei n.º 11.343/06. Inicialmente pontuo que esta não é de aplicação automática ou obrigatória. É facultativa, deve ser analisada ao prudente critério do Juiz. em situação excepcional. Com efeito, o tráfico é delito inserido em uma cadeia de criminalidade, pois necessário é aliar-se a outros delinquentes para a obtenção do entorpecente, desde o local da produção até chegar ao pequeno traficante que vende no varejo. Assim, a experiência traz como raríssimo a hipótese do traficante a agir solitariamente, ou seja, como aquele que produz e posteriormente vende o entorpecente produzido. Em verdade, a grande maioria traz o traficante integrado a uma célula criminoso, numa cadeia necessária à consecução do objetivo comum, a disseminação da droga. Desta forma, reputo que o acusado se dedica a atividades criminosas e ainda integra, mesmo que de forma indireta, uma organização criminoso, pelos vínculos necessários ao exercício do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico. Por conseguinte, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Assim, a pena é estabelecida em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 680 dias-multa. Ausentes outras causas modificativas. torno esta pena definitiva, consoante o sistema trifásico de aplicação" (fl. 32).

Já do v. acórdão objurgado, extraio a passagem abaixo:

"Passo à análise das penas.

À luz do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, o Magistrado aumentou a pena-base dos acusados em 1/6, o que encontra respaldo na quantidade e na natureza dos entorpecentes apreendidos - 335 'eppendorfs' contendo cocaína, 12 porções de crack, e 01 porção de maconha - perfazendo 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa" (fl. 95).

De início, cumpre destacar que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, não se sujeita a revisão por esta eg. Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

A exacerbação da pena-base fundamentada tanto na natureza quanto na quantidade do entorpecente apreendido, isolada ou cumulativamente, atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Na situação destes autos, verifico que o aumento da pena-base em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas - '335 'eppendorfs' contendo cocaína, 12 porções de crack, e 01 porção de maconha' - mostra-se, de fato, fundamentado, pois está em estrita sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

Tendo em vista a apreciação negativa desse vetor, revela-se a gravidade concreta do delito, o que sustenta de maneira satisfatória a decisão de fixar a pena-base acima do piso legal.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL E PROCESSUAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 07 DO STJ.

O recurso especial não é via adequada para o reexame dos parâmetros adotados na graduação da pena-base, visto que a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal envolve, na maioria das vezes, particularidades subjetivas, decorrentes do livre convencimento do magistrado.

Somente em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a utilização do recurso especial para o reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando é flagrante a ofensa a lei federal, situação que não ocorre na espécie em razão da natureza da droga apreendida (**crack**).

In casu, a revisão do entendimento firmado pelo Tribunal de origem demandaria necessário revolvimento da matéria fática, o que é inviável ante a Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental desprovido" (AgRg no AgRg no AREsp n. 700.854/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 17/2/2016).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PERDA DO OBJETO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE.

[...]

4. **A quantidade de droga justifica a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.**

5. O aumento da pena em 2 anos para o crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, cuja pena em abstrato varia de varia de 5 a 15 anos, tendo-se em vista a elevada quantidade de droga apreendida, é razoável, respeitados os limites da discricionariedade dos magistrados.

6. **Habeas corpus** prejudicado em parte e, no restante, não conhecido" (HC n. 184.852/ES, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 26/8/2015).

"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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

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" (HC n. 305.029/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 3/12/2014).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PACIENTE ANDERSON: IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PACIENTE GEREMIAS: QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. **BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.**

[...]

2. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o **quantum** imposto, tendo em vista a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 49 g de cocaína, 24,15 g de crack e 60,32 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

[...]

5. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente GEREMIAS, utilizando a quantidade e/ou a natureza da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena" (HC n. 302.792/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 3/12/2014).

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0219233-4

HC 368.158 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021295220158260066 11812015 20160000256963 21295220158260066 3562015

EM MESA

JULGADO: 25/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RAFAELA COMUNALE ALEIXO - SP307975
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MAQUIS GOMES DA SILVA
CORRÉU	: JULIO CESAR FRANCISCO TEODORO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.