



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.715 - SP (2017/0026055-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PRISCILA DOMICIANO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE ALVES

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 6 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NOCIVIDADE DE UMA 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.

- 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, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

- Na espécie, inexistente 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 nocividade elevada de uma das drogas apreendidas (*crack*), argumento válido para tal fim, pois em consonância ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *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), 28 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.715 - SP (2017/0026055-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PRISCILA DOMICIANO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE ALVES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO HENRIQUE ALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0015975-24.2015.8.26.0071).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 9/13).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal local negado provimento ao apelo, consoante acórdão acostado às fls. 28/32.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 38/41).

No presente *mandamus* (fls. 1/8), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que exasperou a pena-base com fundamento na natureza de uma das drogas apreendidas, motivação que reputa inidônea. Afirma que o *crack* "nada mais é do que a droga conhecida como cocaína, porém consumida pela população mais pobre, cuja situação social já é de extrema degradação e vulnerabilidade, não sendo a droga a causa da desagregação social e familiar destas pessoas, mas sim a consequência" (fl. 5). Nessa esteira, inexistente suporte científico ou fático para tal desvalor, devendo a pena-base ser reduzida ao mínimo legal.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a sua pena seja reduzida.

Pedido liminar indeferido (fls. 46/47).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 56/72.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem (fls. 76/79).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.715 - SP (2017/0026055-0)

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, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a 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.

No presente *writ*, busca a defesa a redução da pena-base do delito de tráfico de entorpecentes em favor do paciente.

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*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 paciente foi condenado como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 por trazer consigo 61 invólucros de maconha (*pesando 68,31g*) e 31 pedras de crack (*totalizando 30,05g*). O sentenciante estabeleceu a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes 1/6 acima do piso legal, em 5 anos e 10 meses de reclusão, com lastro na seguinte fundamentação (fl.11):

A conduta do réu se revestiu de maior reprovabilidade. Isso porque uma das substâncias apreendidas é o crack, que possui maior poderio viciante e que, comparativamente a outras drogas, se mostra muito mais nocivo, com maior fator de desagregação social e familiar. Diante disso, a pena-base é fixada em um sexto sobre o mínimo legal, ou seja, em cinco anos e dez meses de reclusão.

O réu é reincidente, conforme se comprova por certidões de fls. 130/131, o que exige agravamento da pena em 1/6, por força da agravante genérica do art. 61, I do Código Penal, de modo que a pena, assim agravada, passa a ser de seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão, tornando-se definitiva nessa quantidade, diante da ausência de outras circunstâncias que possam aumentá-la ou diminuí-la.

Deixo de aplicar a causa de diminuição de pena inserida no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, devido às circunstâncias judiciais desfavoráveis em relação ao acusado. Com efeito, o réu é reincidente, por diversas condenações, já transitadas em julgado, por crimes contra o patrimônio alheio, constituindo impeditivo legal a tal benefício.

Quanto à pena pecuniária, valho-me dos mesmos critérios para fixá-la em seiscentos e oitenta dias-multa, que terão o valor unitário mínimo por não haver nos autos o que indique ser o acusado pessoa financeiramente abonada.

O Tribunal revisor manteve íntegro o montante da pena imposto na sentença, tendo o voto condutor do acórdão feito as seguintes ponderações (fl. 32):

Verifico que a pena-base aplicada ao apelante ficou assentada acima do mínimo legal, ou seja, em 5 anos e 10 meses de reclusão, e assim deve permanecer, porquanto o Juiz sentenciante especificou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os motivos pelos quais resolveu exacerbá-la, em obediência aos ditames do artigo 59 do Estatuto Repressivo e do artigo 42 da Lei de Drogas.

Depois, diante do fato de ALVES ser reincidente - o que é comprovado pela certidão de fls. 130/131 -, a reprimenda foi aumentada em 1/6, somando, em definitivo 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 680 dias-multa, no limar.

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 natureza nociva de uma das drogas apreendidas, a saber, *31 pedras de crack, pesando 30,05g*, argumento válido para tal fim, pois em consonância ao mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e à jurisprudência desta Corte, que destaco:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que o aumento da pena-base em um ano de reclusão, tendo como fundamento a natureza, a diversidade e a quantidade da droga apreendida - 128 unidades de maconha, 81 de cocaína e 75 de crack, não se mostra desarrazoado.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 326.089/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 03/03/2017) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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) - grifei.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0026055-0

HC 387.715 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00159572420158260071 159572420158260071 20160000554993 20160000807980

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PRISCILA DOMICIANO DA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO HENRIQUE ALVES

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.