



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.346 - SP (2016/0320265-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDAIR JOSE VALENTIM DA COSTA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 7 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS E PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. PROPORCIONALIDADE. PENA MANTIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– 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.

– No caso, observa-se que a pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com lastro na presença de maus antecedentes e na quantidade e nocividade das drogas apreendidas, argumentos válidos para tal fim, pois em consonância ao mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e ao art. 59 do CP. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Em respeito à discricionariedade vinculada do julgador, deve ser mantida a pena-base aplicada - 7 anos e 6 meses de reclusão -, pois proporcional à gravidade concreta do crime e à variação das penas abstratamente cominadas ao tipo penal violado, qual seja, 5 a 15 anos de reclusão.
- *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), 02 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.346 - SP (2016/0320265-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDAIR JOSE VALENTIM DA COSTA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, sem pedido liminar, impetrado em favor de ALDAIR JOSE VALENTIM DA COSTA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0008759-88-2014.8.26.0348.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, às penas de 8 anos, 5 meses e 7 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 843 dias-multa (fls. 7/11).

Inconformada com a sentença, apelou a defesa. O Tribunal *a quo*, em decisão unânime, proveu parcialmente o recurso, reduzindo as penas para 7 anos e 6 meses de reclusão e 750 dias-multa, mantido o regime inicial fechado. O acórdão recebeu a seguinte ementa (fl.13):

TÓXICO - Crime de tráfico - Combate exclusivo à pena - Pena-base fixada acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes comprovados nos autos - Condenação atingida pelo período depurador que pode ser considerada como maus antecedentes Exegese do art. 64, I, CP - Compensação da agravante da reincidência comprovada com a atenuante da confissão - Adequação das penas - Manutenção do regime - Recurso parcialmente provido.

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na exasperação da pena-base acima do mínimo legal, sob o argumento de que *a MM. Juíza majorou a pena-base na fração de 1/2, tendo em vista a diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida, bem como a existência de maus antecedentes, entendimento que restou mantido pelo E. Tribunal de Justiça. No entanto, referido*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento de pena mostrou-se desproporcional. De fato, ainda que se considere que o paciente possui uma condenação anterior apta a configurar maus antecedentes, certo é que a natureza e quantidade da droga apreendida não autorizam tamanha majoração da pena-base (fl. 3).

Diante disso, pede que a fixação da pena-base opere-se em menor fração, reduzindo, em consequência, o montante final da reprimenda imposta.

Informações prestadas às fls. 28/47 e 51/53.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 57/61).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.346 - SP (2016/0320265-7)

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.

Cumpre 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.

Como já consignado no relatório, busca-se, na presente impetração, a redução proporcional da pena-base aplicada, tendo em vista que a quantidade da droga apreendida não foi muito elevada.

Na espécie, o sentenciante estabeleceu as reprimendas com base na seguinte fundamentação (fl. 9):

Analizadas as diretrizes dos artigos 42 da Lei n. 11.343/06 e 59 do Código Penal, verifico que o réu é portador de maus antecedentes (vide certidão de fls. 66). Ainda, a diversidade das drogas apreendidas, cocaína e crack e a natureza destrutiva de ambas, além da razoável quantidade de drogas (89 porções), autorizam maior reprovabilidade da conduta do réu.

Assim sendo, aumento a pena-base em 1/2, fixando-a em 07 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 750 dias-multa, no mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na segunda fase, encontram-se presente a atenuantes da confissão e a agravante da reincidência (vide certidão de fls. 58). Nos termos do art. 67 do CP, entendo que a segunda prevalece sobre a primeira, de modo que aumento a reprimenda em 1/8, fixando-as em 08 anos e 05 meses e 07 dias de reclusão e pagamento 843 dias-multa, no mínimo legal.

Na terceira fase, anote-se não ser possível a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, vez que o réu é portador de maus antecedentes e é reincidente.

O Tribunal de origem, por seu turno, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve íntegra a sentença e, quanto à dosimetria, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fls. 15/18):

Com relação à dosimetria das penas, tem-se que comporta a r. sentença pequeno reparo.

A pena-base foi fixada acima do mínimo (07 anos e 06 meses de reclusão e 750 dias- multa), justificada a elevação pelo d. Magistrado no fato de o réu possuir maus antecedentes e na diversidade e quantidade de drogas apreendidas.

Elevada a pena-base com escopo na certidão de fls. 66, de modo fundamentado e com apoio no art. 59, do Código Penal, não há que se afastar a majoração da pena-base por ter sido esta condenação atingida pelo período depurador ao passo que, conforme clara redação do art. 64, inciso I, do Código Penal, destina-se o descarte das condenações abrangidas pelas circunstâncias descritas no dispositivo tão só para efeito de reincidência, não para os efeitos de maus antecedentes.

(...)

Dessa forma, devidamente justificada a elevação da pena-base, neste aspecto não comporta a r. sentença qualquer alteração.

Na segunda fase, embora tenha o Juízo reconhecido a reincidência do réu (fls. 58) e também a ocorrência da confissão, considerou a preponderância da primeira, apenas elevando a pena, desconsiderando assim a atenuante obrigatória.

Todavia, ao estabelecer a lei que a reincidência prepondera sobre a confissão, não significa que esta última deva ser desconsiderada ou de que uma prevaleça sobre a outra. Cada qual tem seu valor a ser considerado na dosagem da pena, razão pela qual necessário se faz a demonstração do cálculo efetuado, levando ambas as circunstâncias em consideração quando da dosagem da pena.

(...)

Assim, sendo a confissão do réu reconhecida como de cunho



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivo, própria da personalidade do agente, o que resulta no reconhecimento de sua preponderância, nos exatos termos do artigo 67, do Código Penal, possível é a compensação entre ela e a reincidência, pois ambas são preponderantes.

Logo, feita a compensação entre as circunstâncias agravante da reincidência e atenuante da confissão, retorna-se a pena ao anteriormente previsto (07 anos e 06 meses de reclusão mais o pagamento de 750 dias-multa), tornando-a definitiva neste patamar ante a ausência de circunstâncias outras capazes de modificá-la.

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.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que a pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com lastro na presença de maus antecedentes e na quantidade e nocividade das drogas apreendidas, a saber, *59 porções de crack, pesando 13,8 gramas; e 30 porções de cocaína, totalizando 31,4 gramas*, argumentos válidos para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e ao art. 59 do CP.

Logo, respeitando a discricionariedade vinculada do julgador, entendo que deve ser mantida a pena-base aplicada - 7 anos e 6 meses de reclusão -, pois proporcional à gravidade concreta do crime e à variação das penas abstratamente cominadas ao tipo penal violado, qual seja, 5 a 15 anos de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa linha, 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 ESTABELECIDACIACIMA 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) - grifei.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. COERÊNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA.

(...)

4. No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não se mostrando arbitrário o quantum imposto, levando-se em consideração os maus antecedentes, a natureza do material apreendido e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 211.203/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO APONTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- 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. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido e dos antecedentes do paciente.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 338.956/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) - grifei.

Assim, inviável o pleito de redução da pena-base, uma vez que a exasperação promovida pelas instâncias ordinárias encontra-se lastreada em motivação idônea, que deve ser mantida, em respeito à já mencionada discricionariedade vinculada do julgador.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por esta Corte Superior de Justiça, **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: 2016/0320265-7

HC 381.346 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00087598820148260348 20150000887708 87598820148260348

EM MESA

JULGADO: 02/05/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDAIR JOSE VALENTIM DA COSTA

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.