



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.257 - SP (2014/0000275-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JORQUE APARECIDO TORRES DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORQUE APARECIDO TORRES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA. MAUS ANTECEDENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REMOÇÃO PARA O REGIME ABERTO OU SEMIABERTO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS 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. *In casu*, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da penas-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade da droga apreendida - 65.817,9 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) e a existência de maus antecedentes.

3. Os temas referentes aos pleitos de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e de remoção do paciente para o regime aberto ou semiaberto não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

4. *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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de setembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.257 - SP (2014/0000275-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JORQUE APARECIDO TORRES DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORQUE APARECIDO TORRES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JORQUE APARECIDO TORRES DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 993.05.002384-2).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 15 anos de reclusão, pela prática dos delitos descritos nos arts. 12 e 14 da Lei n.º 6.368/76. Eis o teor do édito condenatório, no que interessa:

(...)

a) Tráfico de entorpecentes (art. 12, "caput", Lei 6.368/76):

O réu ao contrário do que alega a defesa não é primário, já tendo sido condenado pela prática de 02 (dois) estelionatos (fls. 97/99). Apesar de não ser possível reconhecer a agravante da reincidência pela prática desses crimes (tendo em vista a data em que as penas foram extintas), devem os mesmos ser considerados como maus antecedentes. Também deve-se levar em consideração a enorme quantidade de entorpecente localizada. Assim, diante das referidas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base do acusado Jorque pela prática do crime de tráfico de drogas, no triplo do mínimo legal, em 09 (nove) anos de reclusão.

Torno essa sanção definitiva pois não há circunstâncias atenuantes ou agravantes, nem causas de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas.

(...)

b) Associação para traficância (art. 14, Lei 6.368/76):

O réu, como dito, já foi condenado pela prática de 02 (dois) estelionatos (fls. 97/99). Apesar de não ser possível reconhecer a agravante da reincidência pela prática desses crimes (lendo em vista a data em que as penas foram extintas), devem os mesmos ser considerados como maus antecedentes. Também deve-se levar em consideração, como ressaltou o Ministério Público, que a associação derivava de outra e incumbia-se do tráfico interestadual de drogas. Assim, diante das referidas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base do acusado Jorque pela prática do crime de associação para traficância, no dobro do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão.

Torno essa sanção definitiva pois não há circunstâncias atenuantes ou agravantes, nem causas de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas.

A pena de multa a ser imposta ao réu Jorque pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, pelos mesmos motivos, será fixada no dobro do mínimo legal, em 100 (cem) dias-multa. O valor de cada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dia-multa será equivalente ao mínimo legal, nos termos do artigo 38, parágrafo 1º, da Lei nº 6.368/76, diante da condição econômica do réu Jorque que está preso.

As penas privativas de liberdade impostas deverão ser aplicadas cumulativamente, pois os crimes derivam de ações distintas. O réu Jorque, pois, será sancionado com a pena de 15 (quinze) anos de reclusão.

(...)

Nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8072/90, o réu Jorque Aparecido Torres da Silva cumprirá a pena integralmente em regime fechado, tendo, diga-se, já decidido o Colendo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, que a "Lei nº 9455/97 que trata, especificamente, do crime de tortura, não se aplica, em sede do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8072/90, a outros crimes. Writ indeferido" (HC 7226-SP). Na ocasião, o Eminentíssimo Ministro Felix Fischer, relator do habeas corpus, esclareceu, citando as palavras do culto Promotor de Justiça, Max Guerra Kopper: "...a lei que prevê a possibilidade de progressão tem por objeto exclusivamente o crime de tortura, não havendo razões ponderáveis para que o magistrado, valendo-se de referidos princípios, estenda tal possibilidade também, aos outros crimes contemplados na lei dos crimes hediondos, os quais, repita-se, são substancialmente diversos, em vários aspectos, do crime de tortura, diversidades essas que autorizam um tratamento jurídico diferenciado".

Saliente-se que "o fato de o legislador, no artigo 2º da lei dos Crimes Hediondos, referir-se genericamente ao tráfico ilícito de entorpecente não significa, absolutamente, que exclua a incriminação do artigo 14 da Lei 6.368/76, da incidência da Lei 8.072/90. Ao revés, o que se verifica é que o legislador, tanto de um quanto de outro dos mencionados diplomas legais, pretendeu dispensar ao tráfico e suas atividades satélites um combate energético e eficaz.

Assim, incluindo-se a associação para tráfico no elenco dos crimes hediondos, o regime para cumprimento da pena há que ser integralmente fechado. Ad argumentandum tantum, a se entender de outra forma, a associação de que cuida o artigo 18, III, da Lei 6.368/76, como causa especial de aumento de pena, vinculada ao art. 12, teria sua pena cumprida em regime fechado, enquanto a associação de que trata o art. 14, como crime autônomo, teria sua pena firmada como possibilidade de progressão" (TJRJ - ap. 2.089/99 - Rei Eduardo Mayr - f 31.08.1999 - RDTJRJ 43/361).

Ante o exposto, julgo procedente a denúncia (fls. 02/04) para CONDENAR o réu Jorque Aparecido Torres da Silva à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime integral fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, cada dia-multa no valor equivalente ao mínimo legal (LT, artigo 38, parágrafo 1º), por incurso nos artigos 12, "caput", e artigo 14, ambos da Lei nº 6.368/76 (fls. 150/152).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, *in verbis*:

Consta da denúncia que, Jorque (ou Jorge) Aparecido Torres da Silva e Moacir do Nascimento, vulgo "Mineiro" a) em data e local incertos, associaram-se para o fim de praticar crimes de tráfico de entorpecentes, b)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no dia 17 de julho de 2003, por volta das 10h30min, na Rua Dez, nº 254, Jardim Boa Esperança, no município de Hortolândia, um aderindo á conduta do outro, guardavam e mantinham em depósito, para fins de entrega a consumo de terceiros, 65 817 g de "cannabis sativa", substância entorpecente que causa dependência física ou psíquica, c) em data ignorada. Jorque (ou Jorge) transportou 20 Kg de "cannabis sativa", substância entorpecente que causa dependência física ou psíquica, tudo em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Observa-se que o ora apelante foi preso em flagrante delito, o que não ocorreu com o co-réu Moacir, circunstância determinante do desmembramento do feito em relação a este (fls 143).

Cabe salientar, também, e desde logo, que segundo o IIRGD, a pesquisa datiloscópica realizada em função das digitais colhidas nestes autos, pertencentes a Jorque, resultou positiva, tratando-se de Jorge Aparecido Torres da Silva, R G 21 053 761, muito embora tal identificação tenha ficado restrita ao âmbito criminal De todo modo, para registro, como já observado, deverá ser acrescido o nome "Jorge" para complementação das informações de identificação

A respeitável sentença enfrentou todas as questões postas, dando a elas a solução jurídica adequada

A materialidade delitiva vem demonstrada pelos laudos encartados a fls 16, de constatação, fls 46, quimico-toxicológico, e fls 73/74, de balança eletrônica apreendida no local A autoria é também inuvidiosa, seja para a conduta de tráfico ilícito de entorpecentes, seja para a associação firmada entre o ora apelante e o terceiro, co-réu.

No entanto, nesse passo, cumpre abordar a preliminar suscitada pela Defesa e que diz respeito à escuta telefônica judicialmente autorizada, especificamente, à juntada extemporânea do laudo de degravação (fls 186/225)

Rigorosamente, essa matéria se confunde com o mérito e será com ele analisada, podendo-se, no entanto, dizer-se que a culpa (*lato sensu*) do apelante centra-se no contexto probatório, não em peça ou elemento isolado

As gravações, conforme a própria Defesa reconhece, tiveram origem na fase da investigação, e a elas sempre se reportaram a autoridade policial, o representante ministerial e mesmo as testemunhas inquiridas, no contraditório, inclusive. Aliás, o réu não nega os contatos que teve com "Mineiro", nem quanto ao conteúdo das conversas interceptadas O que afirma é que tratava da venda de carne, atividade a que se dedicava assim como o co-réu.

Frise-se, de qualquer forma, que essa prova foi pedida pelo Ministério Público, desde o início da persecução, portanto, válida, não veio a surpreender a Defesa, podendo ser referida ou mencionada ainda que depois da sentença

O acusado Jorque (ou Jorge) insiste em sua inocência, e o faz dizendo que sua relação com o co-réu era comercial e lícita, porquanto negociava carne trazida do Mato Grosso do Sul.

Esse argumento, ainda que recebido como verdadeiro, nada mais representa do que meio para justificar a associação e camuflar a ação ilícita de tráfico, na medida em que os contatos, viagens e transportes eram freqüentes e poderiam levantar suspeita. Diga-se que essa circunstância não foi determinante da descoberta da conduta criminosa, e sim a investigação policial, precedida da prisão de outro traficante, que seria, naquela ocasião,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um dos indivíduos-chave na operação, tendo o apelante e seu sócio assumido essa atividade. Ocorre que o fizeram usando o mesmo veículo do anterior traficante (Fusca, marrom), com o qual "Mineiro" circulava para o estabelecimento dos contatos. O apelante foi surpreendido em residência, onde pernoitava, juntamente com o Fusca marrom, parado na garagem, além de enorme quantidade de maconha (mais de 65 quilos), acondicionada em vários locais espalhados pela casa, no local onde dormia o apelante, inclusive.

Situação, por evidente, inusitada, especialmente para quem pretendeu dizer desconhecer os fatos.

Estranhamente, não soube informar com precisão a quem pertencia o imóvel, onde estaria "Mineiro", enfim, detalhes importantes diante da situação em que se encontrava e possíveis de esclarecimento, na medida em que sócios-comerciantes.

Os policiais, de sua vez, em depoimentos coerentes, firmes e seguros, confirmaram os fatos que inicialmente foram indicados por escutas telefônicas, destacando, ambos, que as conversas entre o apelante e seus contatos eram cifradas e algo incomuns. Destacaram, também, que o acusado informalmente admitira ter levado ao local 20 quilos de maconha.

O importante a frisar é que a investigação policial bem sucedida levou os agentes ao local onde estava o apelante e a grande quantidade de entorpecentes. Não se trata de prova indiciária, mas concreta, categórica. Por fim, cabe salientar que a degravação das fitas veio a confirmar o depoimento dos agentes, insista-se, colhido no contraditório e sob compromisso, valendo mencionar que quem comercia lícitamente carne não leva "alface", tampouco "amostrinha", expressões típicas das já mencionadas conversas cifradas e próprias de quem procura esconder a realidade do assunto tratado.

As penas foram fixadas com critério, justificando o Magistrado a exasperação imposta tanto à pena corporal como à pecuniária.

A grande quantidade de entorpecente, a associação existente e que os autos demonstram não ser recente, mas antiga e freqüente, exigiram o acréscimo como forma de prevenção e reprovação das condutas.

Rejeitada, em resumo, a preliminar de nulidade, com observação sobre a identificação (nome) do acusado, nega-se provimento ao apelo, mantida a respeitável por seus próprios e bem deduzidos fundamentos (fls. 155/158).

Interposto recurso especial, foi inadmitido na origem.

No presente *mandamus*, alega o impetrante a ausência de fundamentação idônea para a fixação das penas-base acima do mínimo legal.

Sustenta, outrossim, a necessidade de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar máximo.

Pugna, ainda, diante "do percentual já cumprido da apenação sofrida, possuir residência e trabalho fixo em Três Lagoas/MS onde reside quase todos os seus familiares e possui grande comprometimento social inclusive religioso (...) a remoção do impetrante para o regime intermediário semi-aberto ou aberto de onde poderá atender suas responsabilidades de trabalho e cidadão" (fl. 7).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para "aplicar a redução prevista na § 4º do artigo 33 da lei nº 11343/06, anular o acréscimo da pena base aplicada no caso questionado e ainda determinar a remessa da Guia de Recolhimento de Araçatuba/SP para a comarca de Três Lagoas/MS com sua imediata remoção para o regime semi-aberto ou aberto" (fl. 8).

A liminar foi indeferida às fls. 134/138.

Foram prestadas informações às fls. 143/167.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Moacir Mendes Sousa, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 170/176).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.257 - SP (2014/0000275-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA. MAUS ANTECEDENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REMOÇÃO PARA O REGIME ABERTO OU SEMIABERTO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS 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. *In casu*, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da penas-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade da droga apreendida - 65.817,9 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006) e a existência de maus antecedentes.

3. Os temas referentes aos pleitos de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e de remoção do paciente para o regime aberto ou semiaberto não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG
10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Não se vislumbra, *in casu*, manifesto constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem, *ex officio*, porquanto foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto tendo em vista a quantidade da substância entorpecente apreendida - 65.817,9 g de maconha (fl. 23) -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina que "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".

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Nesta esteira de inteligência, levando-se em consideração a quantidade da droga apreendida, tanto o Juízo de primeiro grau como o Colegiado estadual entenderam ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação das penas-base acima do mínimo legal, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VÍDEO CONFERÊNCIA. PRINCÍPIO DA PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO. VIDEOCONFERÊNCIA REALIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 11.900/2009. MEDIDA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LEGALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DA MINORANTE FUNDAMENTADA NA EXPRESSIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE ENCONTRADA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO PARA O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CUMPRIMENTO DA PENA. DESCABIMENTO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 33 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI ANTIDROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Segundo a legislação penal em vigor, revela-se imprescindível, quando alegada a nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio da *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563, do Código de Processo Penal. Precedentes.

IV - Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, na graduação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga apreendida na posse do Acusado, são preponderantes às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, não configurando ilegalidade seu arbitramento acima do mínimo legal, ainda que primário e com bons antecedentes. Precedentes.

V - Revela-se acertada a consideração da quantidade e natureza da droga apreendida - 13,9 kg (treze quilos e novecentos gramas) de cocaína -, para fins de aferição do percentual da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. Precedentes.

VI - Na hipótese de tráfico privilegiado, não enseja *bis in idem* a valoração da natureza e quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto tendente a impossibilitar a aplicação do redutor (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), em seu grau máximo. Precedentes.

VII - Não se configura flagrante ilegalidade a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante da quantidade e natureza do entorpecente apreendido em poder do Paciente. Precedentes.

VIII - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IX - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC 222.037/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 14/04/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA POR RELATOR. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO REMÉDIO HERÓICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

(...)

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E QUANTIDADE DA DROGA ENCONTRADA. MAJORAÇÃO DEVIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06.

1. Conforme a remansosa jurisprudência deste Tribunal Superior, o montante de entorpecente apreendido, nos termos do que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06, prepondera sobre as circunstâncias judiciais, sendo devido o aumento implementado na primeira fase da dosimetria da pena, ainda que favoráveis todas as balizas previstas no art. 59 do CP.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI ANTITÓXICOS. RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. "São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições - como no caso, em que o Paciente é reincidente -, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante." (HC 206.674/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 222.544/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 12/02/2014)

Ademais, consignou o Juízo de primeiro grau que o paciente ostenta maus antecedentes. Com efeito, é pacífico o entendimento neste Sodalício de que, à luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Quanto aos pleitos de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e de remoção do paciente para o regime aberto ou semiaberto, constata-se que os temas não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, o que impede sua cognição por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

Dessarte, não tendo sido as matérias em apreço enfrentadas pelo Tribunal de origem, afigura-se inviável o seu conhecimento por esta Corte Superior. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. LATROCÍNIO, SEGUIDO DE MORTE, E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA (ARTS. 157, § 3º, E 288, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE DENEGOU A ORDEM, PORQUANTO A MATÉRIA DEVERIA SER DISCUTIDA EM APELAÇÃO, JÁ INTERPOSTA E PENDENTE DE JULGAMENTO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, PARA DECLARAR A NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, POR OFENSA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO E PELA OCORRÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BIS IN IDEM. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO HABEAS CORPUS ALI IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, PELO STJ, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

VI. A declaração de nulidade da sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena - ao argumento de que não teria sido respeitado o critério trifásico, deixando de ser considerados a primariedade do réu e seus bons antecedentes, bem como de que o Magistrado sentenciante teria incorrido em bis in idem, ao condenar o paciente, simultaneamente, como coautor de latrocínio e pelo delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal -, não foi debatida pelo Tribunal de origem, no acórdão do writ ali impetrado, impugnado no presente Habeas corpus.

VII. Se as controvérsias ora suscitadas não foram apreciadas pela Corte de origem, ao julgar o Habeas corpus ali impetrado - cujo acórdão é impugnado no presente writ -, uma vez que pendente o julgamento da apelação defensiva, a análise de tais questões não encontra espaço na via eleita, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

VIII. "As matérias que não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem não podem ser aqui apreciadas, sob pena de supressão de instância. Não se justifica a análise prematura, nesta sede, de temas que dizem com o próprio mérito da condenação, com o regime aplicado ou a possibilidade de substituição da reprimenda, notadamente considerando a liberação do paciente para recorrer. Tais teses deverão ser objeto de recurso próprio" (STJ, HC 233.838/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 20/08/2012).

IX. Ademais, em contato com a Vara de origem, obteve-se a informação de que a Apelação, interposta pela defesa, foi posteriormente julgada, tendo o Tribunal a quo, à unanimidade, negado provimento ao recurso defensivo, ocasião em que, após amplo exame do conjunto de fatos e provas, delineados na Ação Penal originária, manteve a sentença condenatória do paciente.

X. Transitado em julgado o processo-crime, com início da execução definitiva da pena, não mais persiste interesse na análise de eventual excesso de prazo injustificado para o julgamento da Apelação, como aventado na inicial do writ.

XI. Habeas corpus não conhecido.

(HC 37501/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. ILICITUDE DA PROVA QUE A ORIGINOU. ATENUANTE DA CONFISSÃO. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Verificando-se que o Tribunal de origem não apreciou as questões relativas à ilicitude da prova que deu origem à ação penal e à possibilidade de aplicação da atenuante da confissão, tendo em vista que sequer foram alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, inviável a sua análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir o aumento de pena procedido em razão da reincidência, ficando a reprimenda do paciente definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

(HC 227.688/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 12/03/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FABRICAÇÃO DE DROGAS. GUARDA DE PETRECHOS PARA FABRICAÇÃO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPLEXIDADE DAS ALEGAÇÕES. DEMORA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não se conhece de habeas corpus cuja matéria não foi objeto de decisão pela Corte de Justiça Estadual, sob pena de indevida supressão de instância, especialmente em vista das peculiaridades e da complexidade das teses aventadas, bem ainda da ausência de demonstração, de plano, do apontado constrangimento ilegal.

2. Embora evidente a complexidade do feito, com onze corréus, denunciados por vários delitos graves, em concurso material, não se justifica a excessiva demora no julgamento do recurso de apelação criminal.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgue a apelação criminal nº 990.09.164131-6.

(HC 163.833/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 15/06/2012)

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0000275-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 286.257 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 17122006 8232003 993050023842

EM MESA

JULGADO: 23/09/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JORQUE APARECIDO TORRES DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORQUE APARECIDO TORRES DA SILVA (PRESO)
CORRÉU : MOACIR DO NASCIMENTO

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 da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.