



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.447 - RJ (2016/0290766-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FELIPE DA CONCEICAO GOMES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PREVISÃO NO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *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 quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas são fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, preponderam na fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

– No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas – maconha e cocaína –, revelando-se razoável e proporcional a exasperação da pena-base em 1/5 acima do mínimo legal.

– *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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.447 - RJ (2016/0290766-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FELIPE DA CONCEICAO GOMES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE DA CONCEICAO GOMES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação n. 0476022-07.2015.8.19.0001.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido, pelo Juízo de 1º grau, da imputação da prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, com fundamento no art. 386, VII, do CPP, conforme consta da sentença de fls. 14/24.

Irresignado, o representante do *Parquet* apelou e o recurso foi provido para condenar o réu às penas de 6 anos de reclusão, e 600 dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas e de 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, pela prática do delito de associação para o tráfico, na forma do art. 69 do CP, totalizando uma pena de 9 anos de reclusão e 1300 dias-multa, em regime inicial fechado, nos termos do acórdão de fls. 46/52.

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, ao fundamento de que *a pena base do crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006 foi exacerbada devido à quantidade da substâncias entorpecente apreendida – 182 gramas de maconha e 22 gramas de cloridrato de cocaína e de maconha – circunstâncias especiais destes delitos, que devem predominar sobre as circunstâncias judiciais (Código Penal, artigo 59), conforme determina o artigo 42 da Lei 11.343/2006, à vista do princípio da especialidade. No entanto, a natureza e quantidade da droga, por encontrarem-se rigorosamente dentro dos padrões comuns em apreensões nestas circunstâncias, não são excepcionais e, por conseguinte, não constituem fundamento idôneo para a elevação da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena base (fl. 3).

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja reduzida a pena-base no mínimo legal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem e, diante da ausência de constrangimento ilegal, pela não concessão da ordem de ofício (fls. 66/72).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.447 - RJ (2016/0290766-9)

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, insurge-se a defesa contra a dosimetria realizada pelo Tribunal *a quo*, ao fundamento de que a quantidade da droga apreendida não é exacerbada, a ponto de justificar a exasperação da pena-base do delito de tráfico de drogas.

No tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

No caso, o Tribunal, exasperou a pena-base em 1/5 acima do mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultando em uma pena final de 6 anos de reclusão, em 600 dias-multa, em razão da *quantidade e variedade de drogas, na forma do art. 42 da Lei de Drogas* (fl. 51).

Entendo que não há qualquer alteração a ser feita na pena-base fixada para o delito de tráfico.

Isso porque, tendo em vista a quantidade, a variedade e a natureza das de drogas apreendidas, quais sejam, maconha (182 gramas) e cocaína (22 gramas), há circunstância apta a justificar o recrudescimento da pena-base, que obedece à discricionariedade motivada do julgador. Ademais, não se pode perder de vista o determinado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual:

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 mesmo sentido, confirmam-se os precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. AUMENTO PROPORCIONAL. CONFISSÃO PARCIAL. CARACTERIZAÇÃO DA ATENUANTE DO ART. 65, III, DO CP. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PEDIDOS PREJUDICADOS. WRIT NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

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. A teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Hipótese em que a pena-base foi majorada, motivadamente, em um ano de reclusão, considerando a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas (114 eppendorfs de cocaína e 58 invólucros contendo maconha), o que não se mostra desproporcional.

4. Segundo entendimento firmado na Súmula 545/STJ, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal", sendo indiferente que a admissão da autoria criminosa seja parcial, qualificada ou acompanhada de alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade.

5. A utilização da natureza e da quantidade da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura bis in idem, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.

6. Os pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos estão prejudicados, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria da pena pelo Tribunal a quo, para se afastar o bis in idem verificado.

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena, a fim de afastar o bis in idem identificado e fazer incidir a atenuante da confissão espontânea, e, por conseguinte, verifique a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e alteração do regime prisional (HC 362.774/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 25/11/2016).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. CULPABILIDADE, MOTIVAÇÃO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4. A exasperação da pena-base quanto à culpabilidade, à motivação do crime e às circunstâncias do crime, sem a apresentação de justificativa idônea, configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 1 ano e 9 meses e 10 dias de reclusão e 169 dias-multa, em regime inicial semiaberto (HC 174.628/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. NATUREZA E VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, é pacífico no âmbito deste Sodalício o entendimento no sentido de que, na fixação da reprimenda básica, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza, variedade e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, conforme o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. In casu, o acusado foi flagrado com crack e cocaína, circunstância apta para exasperar a pena-base.

2. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com jurisprudência firmada nesta Corte, razão pela qual a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto no Enunciado Sumular n.º 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 936.913/AL, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte Superior de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0290766-9

HC 377.447 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 04760220720158190001 4760220720158190001

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: FELIPE DA CONCEICAO GOMES

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.