



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 243.383 - SP (2012/0105892-1)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA E
OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON FERNANDES DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM FULCRO NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA E AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, COM FUNDAMENTO NA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE ILÍCITA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. VIA IMPRÓPRIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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.
2. A valoração da pena-base por tráfico ilícito de drogas deve ser analisada com foco, primordialmente, no art. 42 da Lei 11.343/06, o qual enfatiza a quantidade e natureza da droga apreendida.
3. De acordo com a Corte estadual, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, aliadas a forma de acondicionamento e demais circunstâncias em que ocorreu a prisão, apontam para o fato de que se dedicava o paciente à atividade criminosa, o que constitui fundamento idôneo para justificar o indeferimento da redução da pena, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado.
4. O patamar da reprimenda imposta (6 anos) não permite, nos termos dos arts. 44, I e 77, *caput*, ambos do Código Penal, a concessão da substituição da pena ou do *sursis*.
5. O *habeas corpus* não se presta a discutir a inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção, uma vez que a sanção pecuniária, acaso descumprida, não será convertida em privação de liberdade, a teor do art. 51, do Código Penal.
6. *Habeas corpus* não conhecido

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 243.383 - SP (2012/0105892-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WELLINGTON FERNANDES DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON FERNANDES DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 400 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, reconhecida a minorante do art. 33, § 4º, do mesmo estatuto legal, no patamar de 1/6.

Ambas as partes recorreram, restando o reclamo defensivo improvido e o apelo ministerial provido para elevar a pena-base e afastar a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, condenando o réu à pena de 6 anos de reclusão, em regime fechado, e 600 dias-multa.

Alega a impetrante que a pena-base não pode ser majorada ao fundamento da natureza da droga apreendida, pois este seria um fator inerente ao próprio tipo penal. De outro lado, afirma que a quantidade, a variedade e as circunstâncias em que as drogas foram apreendidas, não podem afastar a minorante do § 4º, pois não foram previstas pelo legislador como requisitos para a aplicação do redutor de pena.

Pugna que, após o cômputo do citado benefício, seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou concedida a suspensão condicional da pena, pois a vedação legal constante do art. 44 da Lei de drogas é flagrantemente inconstitucional.

Por fim, *requer-se seja declarada a inconstitucionalidade dos valores de pena de multa cominados pelos arts. 33, caput e § 1º, 34, 35 e 37 da Lei 11.343/2006, aplicando-se, conseqüentemente, a pena de multa dos termos do que dispõe o art. 49 da Parte Geral do Código Penal* (fls. 18).

A liminar foi indeferida às fls. 44/45.

As informações foram prestadas às fls. 52/53, 56/217 e 219/234.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 237/242 pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 243.383 - SP (2012/0105892-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Sobre as alegações aventadas na inicial, vejamos como manifestou-se a Corte *a quo* (fls. 32/35):

Na dosimetria da pena, a grande quantidade e variedade de drogas, como circunstância prevista no art. 42 da Lei Antidrogas, que prepondera sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, pode ser validamente observada na fixação da pena-base, que, no caso concreto, deve ser elevada em 1/5 (um quinto), para a justa imposição da reprimenda, o que torna a pena definitiva em 06 (seis) anos e 600 (seiscentos) dias-multa.

Por outro lado, assiste razão à Justiça Pública ao sustentar a inaplicabilidade do § 4º, do artigo 33 da aludida legislação especial.

A quantidade e variedade das drogas apreendidas, a forma de acondicionamento e as circunstâncias em que se deu a prisão são fatores que, associados às demais provas produzidas, levam à certeza de que o réu, inobstante não ser portador de antecedentes, efetivamente se dedicava à atividade criminosa.

Tinha o réu, como meio de vida, tal atividade espúria, eis que como disse em seu depoimento, receberia a quantia de R\$ 800,00 reais para guardar as drogas.

Neste cenário, não se há de cogitar da aplicação da causa de diminuição em testilha, que, como qualquer benefício, exige, para a sua concessão, o preenchimento de requisitos mínimos.

O regime prisional deve ser o fechado. Trata-se de crime hediondo e sua fixação decorre de expressão previsão legal, tendo-se em vista, ainda, o quantum da reprimenda.

Assim o pleito alternativo da defesa, para abrandamento do regime prisional e substituição da pena corporal por restritiva de direitos ou suspensão condicional da pena, por encontrar óbice na legislação vigente, além do montante da pena finalmente aplicada, não merece acolhimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à insurgência defensiva em face do valor da pena de multa, por entender ser ela inconstitucional, não merece prosperar.

O valor elevado visa coibir a prática de tão nefasto delito, punindo com rigor seus agentes. Foi essa a intenção do legislador.

E como bem consignou o representante do Ministério Público de Primeira Instância:

"Por fim não é o caso de se declarar a inconstitucionalidade da pena de multa em face dos valores, como pretende a defesa.

Mesmo o princípio da proporcionalidade foi observado pela juíza sentenciante que, dentro do estipulado pelo artigo 43, da Lei 11.343/06, em atenção às condições econômicas do acusado, fixou o dia-multa em seu valor menor " [sic] (fls. 232).

Colacionou ainda, o ilustre Promotor de Justiça, julgado desta Corte:

"LEI Nº 11.343/2066 - ART 33 -PENA DE MULTA - INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REFUTADA.

Deste modo, inexistente ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Buscou o legislador, na verdade, inibir o comércio habitual de drogas e punir monetariamente a 'indústria' e 'profissionalização' do comércio clandestino de substâncias entorpecentes" (Apel. 990.10.090467-1 - 15ª Câmara).

Assim, elevada a pena-base em 1/5 e afastada a aplicação do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, fixa-se a pena do réu em 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 600 (seiscentos) dias-multa.

*Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo defensivo e **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso ministerial para, com a elevação da pena-base e afastamento da redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, condenar o apelante a pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 600 (seiscentos) dias-multa.*

Como é consabido, via de regra, 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. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Primeiramente, ao contrário do que afirma a impetrante, a valoração da pena-base por tráfico ilícito de drogas deve ser analisada com foco, primordialmente, no art. 42 da Lei 11.343/06, o qual enfatiza a quantidade e natureza da droga apreendida. Confira-se:

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.

A propósito, trago à baila jurisprudência desta Corte no mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. MAIS DE SETECENTAS GRAMAS DE MACONHA. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a modificação do Supremo Tribunal Federal no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, passou a restringir o cabimento do remédio heróico utilizado no lugar do recurso legalmente previsto, ressalvada a possibilidade da concessão da ordem de ofício nos casos em que restar configurado flagrante constrangimento ilegal.

- A Juíza de primeiro grau justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal em 1 (um) ano de forma fundamentada, destacando elevada culpabilidade do acusado, demonstrada pela quantidade de droga apreendida em seu poder - 722,44g (setecentos e vinte e dois gramas e quarenta e quatro centigramas) de maconha -, elemento concreto que evidencia a reprovabilidade da conduta atribuída ao paciente e autoriza a majoração aplicada.

- Em sede de habeas corpus, deve ser evitada a modificação da sanção penal imposta pelas instâncias ordinárias, que estão mais próximas dos fatos e são soberanas na análise das provas contidas nos autos, devendo a revisão da pena fixada ser efetivada somente nos casos de flagrante ilegalidade ou teratologia no seu cálculo, o que não se verifica no presente caso.

- Não merece prosperar o pedido de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, pois a Juíza de primeiro grau negou a aplicação da minorante destacando que deixava "de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, vez que evidenciado pelos elementos constantes dos autos, que o réu, embora primário e de bons antecedentes, dedica-se ao tráfico". Para desconstituir as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, sobre a dedicação do acusado à atividades ilegais, mostra-se necessária o reexame aprofundado de todo o conjunto probatório, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita.

- Inexiste constrangimento ilegal na fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, tendo as instâncias ordinárias consignado que o regime mais gravoso era o mais adequado ao caso concreto, não tendo sido escolhido em função de determinação legal, mas diante das peculiaridades e pena aplicada no caso concreto, que foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

- Mantidas a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que não atendidos os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 262.458/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014) (com destaques)

Desta feita, a majoração da pena-base operada pela Corte estadual, com fulcro na natureza da droga apreendida, deve ser mantida, porquanto fixada em fundamento concreto e em estrita observância ao comando inserto no art. 42 da Lei de drogas.

Com relação ao pleito de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, observa-se que o Tribunal a afastou, tendo em vista que *A quantidade e variedade das drogas apreendidas, a forma de acondicionamento e as circunstâncias em que se deu a prisão são fatores que, associados às demais provas produzidas, levam à certeza de que o réu, inobstante não ser portador de antecedentes, efetivamente se dedicava à atividade criminosa.*

Deste modo, evidenciado pela origem que dedicava-se o paciente à atividade criminosa, fundamento que, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é idôneo a justificar o indeferimento do benefício, conclui-se que inexiste constrangimento ilegal a ser sanado.

Mantendo-se a pena, portanto, em 6 anos de reclusão, não há sequer que se examinar o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos ou de concessão do *sursis*, uma vez que o patamar da reprimenda imposta não permite, nos termos dos arts. 44, I e 77, *caput*, ambos do Código Penal, a concessão dos referidos benefícios legais.

Relativamente à alegação de inconstitucionalidade da pena de multa, esta Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possui o entendimento de que o *habeas corpus* não se presta a discutir a inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção, uma vez que a sanção pecuniária, acaso descumprida, não será convertida em privação de liberdade, a teor do art. 51, do Código Penal. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. 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 da droga apreendida (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

2. O habeas corpus não é via idônea à discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 321.206/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 27/10/2015) (com destaques)

Ante o exposto, voto por não conhecer do writ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0105892-1

HC 243.383 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11612011 407476120108260577 577100407473

EM MESA

JULGADO: 08/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WELLINGTON FERNANDES DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.