



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.494 - SP (2016/0313556-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELEINE APARECIDA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO EDUARDO LOURENÇO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI N. 11.343/06 FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - O art. 42 da Lei n. 11.343/06 estabelece 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 conduta social do agente"*. Assim, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, a natureza e a quantidade de entorpecente poderá ser utilizada para justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

IV - No presente caso, a pena-base foi fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em razão da elevada quantidade de entorpecente apreendida em poder do ora paciente (**595,43 g de maconha**), não se constatando o alegado constrangimento ilegal.

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 Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.494 - SP (2016/0313556-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de FERNANDO EDUARDO LOURENÇO, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na apelação n. 0000071-44.2015.8.26.0594.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de **7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, em regime inicial **fechado**, e 770 (setecentos e setenta) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante o eg. Tribunal **a quo**, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para **6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão** e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, nos termos de v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico ilícito de substância entorpecente (artigo 33 da Lei n. 11.343/06) - Recurso Defensivo - Alegação de inexistência de provas - impossibilidade - autoria e materialidade comprovadas.

Desclassificação para o artigo 28 da lei especial - impossibilidade - circunstâncias do delito e quantidade de droga indicam a mercancia.

Redução da base ao mínimo legal ou aumento de 1/6 - possibilidade.

Regime mais brando - inviabilidade.

Recurso parcialmente provido" (fl. 44).

Daí o presente **writ**, no qual o impetrante sustenta, em breve síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na dosimetria da reprimenda, uma vez que o aumento da pena-base não restou devidamente fundamentado.

Afirma que, *"a quantidade de drogas apreendidas no caso em mesa – pouco mais de meio quilo de maconha - não justifica o aumento, haja vista que em total*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desconformidade com os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena, além disso, o aumento imposto extrapola o que seria estritamente necessário para reprovação e prevenção do delito" (fl. 8).

Requer, ao final, "a procedência desta demanda de habeas corpus para se afastar o incremento imposto pela autoridade coatora na primeira fase dosimétrica, reduzindo-se a pena base ao mínimo legal" (fl. 10).

Pedido liminar **denegado** às fls. 31-32.

Informações prestadas às fls. 41-56.

O eminente representante do Ministério Público Federal, às fls. 60-62, manifestou-se pela **denegação** da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.494 - SP (2016/0313556-8)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI N. 11.343/06 FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - O art. 42 da Lei n. 11.343/06 estabelece 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 conduta social do agente*". Assim, tratando-se de uma circunstância judicial preponderante, a natureza e a quantidade de entorpecente poderá ser utilizada para justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

IV - No presente caso, a pena-base foi fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em razão da elevada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de entorpecente apreendida em poder do ora paciente (**595,43 g de maconha**), não se constatando o alegado constrangimento ilegal.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

Transcrevo, inicialmente, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da v. sentença condenatória:

"O réu possui antecedentes criminais (fls. 116/135, 137/138, 146, 148, 149/151, 154/156), com várias condenações, sendo reincidente (fls. 147). Assim, considerando os antecedentes não utilizados para a reincidência, bem como pela expressiva quantidade de droga, fixo a pena base em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal. Aumento ainda de mais um sexto, pela circunstância agravante da reincidência" (fl. 13).

Por sua vez, o eg. Tribunal de origem redimensionou a pena-base do paciente, com base nos seguintes fundamentos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A base foi estabelecida 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, sob o fundamento de que o réu possui antecedentes criminais, com várias condenações, sendo reincidente. Assim, considerados os antecedentes não utilizados para a reincidência, bem como pela expressiva quantidade de droga. Em seguida, pela comprovada reincidência (fls. 147), foi acrescida em 1/6 (um sexto), resultando em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa.

Reduz-se o aumento à base para 1/6 (um sexto), considerando-se a quantidade da droga apreendida em poder do réu, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas, afastando-se, entretanto, os maus antecedentes" (fls. 51-52, grifei).

Na presente hipótese, entendo que não há ilegalidade na dosimetria, uma vez que foi realizada com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada. Como se nota, o v. acórdão corretamente decotou a análise negativa dos antecedentes, mas manteve como circunstância desfavorável apta a aumentar a pena, a quantidade de entorpecente apreendida (**595,43 g de maconha**).

Com efeito, o art. 42 da Lei 11.343/2006, determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, **com preponderância**, a **natureza e a quantidade da substância** ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes. Transcrevo a seguir, para melhor elucidar a **quaestio**, o que consta da redação do aludido preceito de regência:

"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. "

Na espécie, como dito acima, o Tribunal **a quo** considerou a quantidade de droga apreendida com o paciente - **595,43 g (quinhentos e noventa e cinco gramas e quarenta e três centigramas) de maconha** - para aumentar a pena-base corretamente no **quantum** de 1/6 (um sexto), estando, portanto, em consonância com o dispositivo legal acima citado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, o aumento da pena-base encontra-se dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, inexistindo, a princípio, flagrante desproporcionalidade ou ilegalidade a justificar a sua redução. Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS NÃO INERENTES AO TIPO PENAL. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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.

- Não configura constrangimento ilegal a exasperação da pena-base justificada pelas circunstâncias do crime, que extrapolam os elementos inerentes ao tipo penal e revelam maior desvalor da ação.

[...]

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 354.124/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2016).

"HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECRUDESCIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. EXORBITÂNCIA DO VALOR DO DIA-MULTA. TEMA NÃO ANALISADO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

[...]

3. Não é possível mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa.

4. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, sendo assim, o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.

5. A manutenção da pena-base em 1 ano, 7 meses e 15 dias acima do mínimo legal, pelos maus antecedentes, não se mostra desproporcional e encontra respaldo na fundamentação exposta, mormente ao se considerar que o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 prevê, em abstrato, a pena de 5 a 15 anos de prisão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

9. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 219.226/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 20/4/2016).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL. CRIME CONTINUADO. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) DELITO DE ROUBO MAJORADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. PERSONALIDADE. CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. (3) PENA-BASE. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. (4) WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Na linha do entendimento esposado por reiterados precedentes deste Tribunal, é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o percentual de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado.

4. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 338.276/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 25/11/2015).

Sendo assim, o aumento da pena-base em **1/6 (um sexto)** não se mostra desproporcional, inexistindo flagrante ilegalidade que justifique a sua redução.

Diante desse contexto, não se vislumbra qualquer ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0313556-8

HC 380.494 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000714420158260594 20160000556381 714420158260594

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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 DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ROSELEINE APARECIDA DA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FERNANDO EDUARDO LOURENÇO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.