



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 346.968 - SP (2016/0006780-5)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : JOAO MARCELO DA SILVA SANCHES  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO MARCELO DA SILVA SANCHES (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em ilegalidade na dosimetria do paciente, haja vista que o único acréscimo à pena deu-se primeira fase da dosimetria, em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida - 429,9 g de *crack*. Com efeito, é legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade e da natureza da droga, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que 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".

2. Não há notícias de que a matéria referente à progressão de regime tenha sido analisada pela Corte de origem, o que impede sua cognição por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.

3. *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 do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 12 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 346.968 - SP (2016/0006780-5)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : JOAO MARCELO DA SILVA SANCHES  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO MARCELO DA SILVA SANCHES (PRESO)

### RELATÓRIO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado por JOAO MARCELO DA SILVA SANCHES em seu próprio favor, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0000564-18.2013.8.26.0553).

Depreende-se dos autos que o impetrante/paciente foi condenado à pena de 7 anos de reclusão e ao pagamento de 700 dias-multa, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes (fls. 22/26).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento, em acórdão assim fundamentado, no que interessa:

Conclui-se (...) ser a prova suficiente para que se estabeleça a procedência da ação penal.

As penas, contudo, respeitado o entendimento do ilustre Magistrado, devem sofrer pequena alteração. Fica mantido o aumento em decorrência da razoável quantidade de entorpecente apreendida.

Porém, não foi reconhecido na r.sentença serem os acusados reincidentes e pertencentes a organização criminosa. Em face desta circunstância, a pena é reduzida em seu mínimo legal, ficando em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa.

O regime para o resgate é o inicial fechado, pois a dinâmica dos fatos indica que eles não podem ser tidos como neófitos.

Ademais, ressalte-se a quantidade do que foi apreendido.

Para efeito de prequestionamento e acesso aos Tribunais Superiores, ressalto que a presente decisão não viola preceitos constitucionais ou lei federal, efetuando tão somente análise em torno dos temas aludidos.

Isto posto, pelo meu voto, dá-se provimento parcial ao apelo para o fim de reduzir as penas de João Marcelo da Silva Sanches e Renato Júnior de Lima Santos a cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, mantida, mantida, no mais, a r. sentença (fls. 32/33).

Alega o impetrante/paciente que está submetido a constrangimento ilegal decorrente de erro na dosimetria da pena.

Afirma, ademais, que obteve progressão ao regime semiaberto, mas continua inserido em regime fechado, sendo que já preencheu os requisitos necessários para a progressão ao regime aberto.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Requer, liminarmente e no mérito, seja corrigida a dosimetria da pena e determinada a sua promoção ao regime aberto.

A liminar foi indeferida às fls. 13/15.

Foram prestadas informações às fls. 20/40.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral José Elaeres Marques Teixeira, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 45/47).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.968 - SP (2016/0006780-5)

### EMENTA

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.**

1. Não há falar em ilegalidade na dosimetria do paciente, haja vista que o único acréscimo à pena deu-se primeira fase da dosimetria, em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida - 429,9 g de *crack*. Com efeito, é legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade e da natureza da droga, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que 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".
2. Não há notícias de que a matéria referente à progressão de regime tenha sido analisada pela Corte de origem, o que impede sua cognição por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância.
3. *Habeas corpus* não conhecido.

### VOTO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, *ab initio*, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Não há falar em ilegalidade na dosimetria do paciente, haja vista que o único acréscimo à pena deu-se primeira fase da dosimetria, em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida - 429,9 g de *crack* (fl. 22).

Mister salientar que é legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida. Com efeito, o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 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".

É que, 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.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à legitimidade da exasperação da pena, na primeira fase de sua individualização, com fulcro na quantidade e natureza das drogas, cumpre colacionar os seguintes precedentes deste Sodalício, a título ilustrativo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUPERVENIENTE PROGRESSÃO AO REGIME ORA PRETENDIDO.

PREJUDICIALIDADE CONSTATADA. ÓBICE À PROGRESSÃO PER SALTUM. SÚMULA 491/STJ. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a natureza, quantidade e diversidade da droga - 51,13 g de cocaína (109 pinos) e 14,6 g de crack (58 pedras) -, revelando-se razoável e proporcional o aumento em 1 ano.

4. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

5. A superveniente progressão do paciente ao regime prisional semiaberto torna prejudicado o pleito de alteração para esse regime prisional, ressaltando-se a impossibilidade de aproveitamento do tempo de cumprimento da pena em regime mais gravoso, pois não se admite a chamada progressão per saltum, conforme enunciado da Súmula 491/STJ.

6. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 324.729/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 30/09/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)

No mais, não há notícias de que a matéria referente à progressão de regime tenha sido analisada pela Corte de origem, o que impede sua cognição por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTOS DA SEGREGAÇÃO E EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIAS NÃO ENFRENTADAS PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO MANDAMUS. INDEFERIMENTO SUMÁRIO DA INICIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. As questões referentes à ausência de fundamentação da custódia cautelar, bem como em relação ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, não foram debatidas pelo Tribunal originário, que declarou a incompetência do Relator originário para julgar o mandamus, diante da prevenção de outro Relator.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não tendo as matérias deduzidas na impetração sido examinadas pela Corte Estadual, inviável o seu exame diretamente por este STJ, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância.

3. Constatado que não havia como dar-se seguimento ao presente remédio constitucional, merece mantida a decisão agravada que indeferiu liminarmente o pedido, por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 310.268/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. (...) AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM. PLEITO DE REDUÇÃO. TEMA NÃO ENFRENTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COGNIÇÃO IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

5. O pleito de redução do quantum de aumento da pena pela agravante da reincidência, quanto ao primeiro paciente, não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto ao paciente WALLISON MACEDO PINTO.

(HC 234.720/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014)

Constata-se, assim, que a insurgência não merece guarida.

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

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0006780-5

**HC 346.968 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005641820138260553 5641820138260553

EM MESA

JULGADO: 12/04/2016

#### **Relatora**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : JOAO MARCELO DA SILVA SANCHES  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : JOAO MARCELO DA SILVA SANCHES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Progressão de Regime

#### **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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.