



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.105 - SP (2012/0035207-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GUSTAVO RODRIGUES MINATEL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDNEI DE CARVALHO JÚNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DE CITAÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO PARA CONDUZIR A DROGA. EMPRESA PRIVADA. CONDIÇÃO INAPTA PARA AFASTAR A CONFIGURAÇÃO DA MAJORANTE. INCIDÊNCIA. NECESSIDADE DA EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DA SUBSTÂNCIA EM SEU INTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE AFASTAMENTO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEMANDAS QUE IMPLICAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, vige no campo das nulidades o princípio *pas de nullité sans grief*, o qual impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atingiu a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo.
3. No caso, atingida a finalidade do ato e inexistente qualquer prejuízo efetivo à ampla defesa, não há falar em nulidade da citação, porquanto, ciente da acusação que lhe estava sendo feita, o paciente foi devidamente acompanhado pelo seu advogado na audiência.
4. Considerando a expressiva quantidade de droga (mais de 18 quilos de maconha) como circunstância judicial preponderante, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas e a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas de 5 a 15 anos de reclusão, não se identifica a alegada violação do art. 59 do CP, porquanto apresentados elementos idôneos aptos a justificar o aumento da reprimenda, na primeira fase.
5. A característica privada da empresa de transporte não é apta a afastar a configuração da causa de aumento de pena, condição que altera tão somente o regime jurídico-administrativo que regula a atividade da concessionária e não a tipificação da conduta,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Esta Corte pacificou o entendimento de que o simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, que deve ser aplicada somente quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior (Precedentes do STJ e do STF).
7. O afastamento da causa de aumento de pena do inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, como almejado pela impetração, esbarra na imprescindível análise do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.
8. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.
9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e readequar a pena imposta ao paciente para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 735 (setecentos e trinta e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da sua condenação.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de junho de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.105 - SP (2012/0035207-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GUSTAVO RODRIGUES MINATEL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDNEI DE CARVALHO JÚNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso com pedido liminar impetrado em favor de **SIDNEI DE CARVALHO JÚNIOR**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, mais 700 (setecentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III e V, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Irresignados, apelaram o Ministério Público e o ora paciente. Foi negado provimento ao recurso defensivo e acolhida parcialmente a pretensão ministerial para aumentar a pena originalmente imposta para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, e ao pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Neste *writ*, sustenta o impetrante nulidade em decorrência da citação do réu na sala de audiência, pouco antes do seu interrogatório, fato que teria ensejado cerceamento de defesa.

Assevera fundamentação inidônea da pena-base, elevada em 1/4 acima do mínimo legal, esteada tão somente na grande quantidade de droga, porquanto favoráveis a natureza do entorpecente (maconha) e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Por fim, pretende o afastamento das causas de aumento de pena do art. 40, III e V, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a empresa de ônibus é privada, e não pública, e não restou provada a traficância no interior do veículo. Nesta esteira, entende ser possível a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Pugna, liminarmente, pela expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

No mérito, requer a concessão da ordem para que seja declarada a nulidade desde a citação, ou seja redimensionada a pena nos termos da irresignação impetrada.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 88-89).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 97-98 e 242-248).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 223-225).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.105 - SP (2012/0035207-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GUSTAVO RODRIGUES MINATEL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDNEI DE CARVALHO JÚNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DE CITAÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO PARA CONDUZIR A DROGA. EMPRESA PRIVADA. CONDIÇÃO INAPTA PARA AFASTAR A CONFIGURAÇÃO DA MAJORANTE. INCIDÊNCIA. NECESSIDADE DA EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DA SUBSTÂNCIA EM SEU INTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE AFASTAMENTO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEMANDAS QUE IMPLICAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, vige no campo das nulidades o princípio *pas de nullité sans grief*, o qual impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atingiu a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo.
3. No caso, atingida a finalidade do ato e inexistente qualquer prejuízo efetivo à ampla defesa, não há falar em nulidade da citação, porquanto, ciente da acusação que lhe estava sendo feita, o paciente foi devidamente acompanhado pelo seu advogado na audiência.
4. Considerando a expressiva quantidade de droga (mais de 18 quilos de maconha) como circunstância judicial preponderante, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas e a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas de 5 a 15 anos de reclusão, não se identifica a alegada violação do art. 59 do CP, porquanto apresentados elementos idôneos aptos a justificar o aumento da reprimenda, na primeira fase.
5. A característica privada da empresa de transporte não é apta a afastar a configuração da causa de aumento de pena, condição que altera tão somente o regime jurídico-administrativo que regula a atividade da concessionária e não a tipificação da conduta,
6. Esta Corte pacificou o entendimento de que o simples fato de o agente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, que deve ser aplicada somente quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior (Precedentes do STJ e do STF).

7. O afastamento da causa de aumento de pena do inciso V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, como almejado pela impetração, esbarra na imprescindível análise do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

8. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e readequar a pena imposta ao paciente para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 735 (setecentos e trinta e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da sua condenação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS(Relator):

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.

De início, é de se ressaltar, segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a vigência no campo das nulidades do princípio *pas de nullité sans grief*, o qual impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atingiu a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo.

Na hipótese, segundo o acórdão ora impugnado:

"O apelante quando da realização de seu interrogatório, já tinha, de há muito, conhecimento da imputação que lhe estava sendo feita, tanto que se encontrava preso em flagrante delito, de modo que não se justificava a prorrogação do início da ação penal (...). Seja pela nota de culpa, assinada ainda na Delegacia de Polícia, seja pelo mandado de prisão, também devidamente assinado, verifica-se que o apelante já tinha total conhecimento da acusação que seria oferecida contra ele. Ressalta-se que apelante foi notificado em 30 de agosto de 2010 para a apresentação da defesa preliminar, (...) constituiu defensor, o qual apresentou, às fls. 64-66, a defesa preliminar. Posteriormente, quando da audiência de instrução e julgamento, esteve acompanhado de seu Defensor. Por tais motivos, não pode alegar surpresa com relação à imputação que lhe estava sendo feita. Diante da ausência de prejuízo no caso dos autos, não há que se falar em reconhecimento de nulidade (...)" (e-STJ, fl. 70.)

Nesse aspecto, atingida a finalidade do ato e inexistente qualquer prejuízo efetivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à ampla defesa, não há falar em nulidade da citação, porquanto, ciente da acusação que lhe estava sendo feita, o paciente foi devidamente acompanhado pelo seu advogado na audiência.

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. INTIMAÇÃO DO ACUSADO E DOS CAUSÍDICOS. NÃO INTERPOSIÇÃO RECURSAL. NULIDADE. AUSÊNCIA. IMPUTADO DEVIDAMENTE ASSISTIDO. ATUAÇÃO DOS CAUSÍDICOS ANTERIORES. INEXISTÊNCIA DE DESDOURO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. VOLUNTARIEDADE RECURSAL. ESCORREITO TRÂMITE PROCESSUAL. INCIDÊNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO MANEJADO PELOS NOVÉIS DEFENSORES. EXTEMPORANEIDADE. PREJUÍZO CONCRETO. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não há falar em nulidade ante a não interposição do recurso em sentido estrito pelos causídicos que atuavam anteriormente no feito, eis que o réu foi devidamente assistido, tendo a defesa primeiramente apresentado quesitos ao incidente de insanidade mental, resposta à acusação, realizado perguntas durante a oitiva de testemunhas e interrogatório do réu, bem como apresentado memoriais escritos substitutivos dos debates orais, não se vislumbrando qualquer desdouro com tal proceder.
2. Certificada nos autos a ausência de recurso, pontuando-se inclusive a devida intimação do increpado e dos causídicos, não há falar em pecha no feito, posto o franco exercício do brocardo da voluntariedade recursal.
3. Apresentado recurso em sentido estrito pelos novéis patronos fora do prazo previsto em lei, percuente o não recebimento da irrisignação pelo magistrado a quo, ante a flagrante extemporaneidade.
4. Verifica-se o escoreito trâmite processual, com o exercício da defesa do réu, norteados pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.
5. Ademais, não se logrou êxito na comprovação do prejuízo, tendo somente sido, suscitada genericamente a matéria, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.
6. Recurso a que se nega provimento." (RHC 56.212/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015.)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.690/08. EIVA RELATIVA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as testemunhas sejam ouvidas direta e primeiramente pelas partes, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito do processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, a prova requerida foi produzida, sendo oportunizada à defesa, ainda que em momento posterior, a formulação de questões à testemunha ouvida, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocardo *pas de nullité sans grief* positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo Penal.

PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS A SUA MANUTENÇÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo o Juízo de primeiro grau concedido liberdade provisória ao paciente, constata-se a perda do objeto do presente writ quanto ao ponto.

2. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem." (HC 240.391/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 30/08/2012.)

No que concerne à fixação da pena-base, elevada em grau de apelação, a Corte de origem assim fundamentou:

"Considerando a quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do apelado, 18.158 g de maconha, distribuídas em 25 (vinte e cinco) tijolos, elevo a pena-base a ele imposta na fração de 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, totalizando 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, calculados no mínimo legal, por força do art 42 da Lei nº 11.343/06." (e-STJ, fl. 73.)

Com efeito, a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão **apenas** nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

No caso em apreço, verifica-se que a instância ordinária destacou a expressiva quantidade de droga (mais de 18 quilos de maconha) como circunstância judicial preponderante, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas. A considerar que a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos de reclusão, não se identifica a alegada violação do art. 59 do CP, pois foram apresentados elementos idôneos aptos a justificar o aumento da reprimenda, na primeira fase.

A esse respeito:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. (4.272 KG DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COCAÍNA). PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Inexiste ilegalidade na majoração da pena-base em 2 anos de reclusão, em razão da quantidade de drogas apreendidas (4.272 kg de cocaína), pois é fator preponderante a ser considerado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2003.

2. Não prospera a alegação da Defensoria Pública da União, repetida em diversos outros processos nos quais atua, qualquer que seja a quantidade de drogas de que cuide o processo, de que a quantidade de entorpecentes seria ínfima, porque normalmente são apreendidas toneladas de drogas, ou de que a pena seria desproporcional em relação às reprimendas estabelecidas em outros processos, nos quais foram os traficantes supreendidos com mais de 100 kg de drogas.

3. A proporcionalidade da pena é aferida a partir das circunstâncias do caso concreto, e não em face das penas impostas a condenados por delito da mesma espécie, em processos diversos.

4. Ao contrário do afirmado pela defesa, a quantidade de drogas que se vê nas apreensões feitas no dia a dia e que se transformam nas ações penais que chegam a esta Corte Superior, que recebe recursos advindos dos Tribunais Federais e estaduais, é de gramas, e não de toneladas."

(AgRg no AREsp 747.880/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015.)

A pretensão de afastamento da majorante do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 encontra respaldo, mas não nos termos pretendidos pelo impetrante, uma vez a característica privada da empresa de transporte não é apta a afastar a configuração da causa de aumento de pena, condição que altera tão somente o regime jurídico-administrativo que regula a atividade da concessionária e não a tipificação da conduta, na hipótese, agravada pelo local da traficância.

No ponto, para melhor deslinde da questão, cita-se trecho da sentença condenatória:

"A ação é procedente. (...)

Já em seu interrogatório, o réu confessou integralmente a prática do delito. Disse que foi buscar uma mala para um traficante e que tinha ciência que a mesma continha droga. Além disso, também disse estar num coletivo o qual vinha de Foz do Iguaçu para São Paulo. (...) Já as testemunhas (...), policiais rodoviários, disseram que efetuaram fiscalização na base da Polícia Rodoviária, quando pararam um ônibus da empresa Kaiowa, oriundo de Foz de Iguaçu/PR com destino ao Rio de Janeiro/RJ, como de praxe iniciaram buscas pelo bagageiro e identificaram uma mala preta, marca Vivaldi, sendo que perceberam forte odor característico de maconha e, ao abrir a mala, constataram que em seu interior estavam 25 tijolos de maconha, envoltos em plástico branco e fitas adesivas, sendo que estavam espalhadas pimenta pelo invólucro tentando disfarçar o odor.

(...)

Assim, o seu depoimento, por si só, permite concluir pela existência do tráfico. Tal fato, aliado à quantidade da droga, à forma de acondicionamento, ter havido fiscalização de rotina, faz com que seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível concluir (...) que o réu praticava tráfico de entorpecentes.
(...)

Além disso, também restou comprovada a causa de aumento por ter sido o delito praticado entre Estados de Federação e utilizando-se de transporte público, para fornecimento a terceiros. Observe-se somente que 18 quilos de maconha é quantidade absurdamente grande para ser considerada para uso próprio.

(...)

Já a causa de aumento não decorre de suposta comercialização no interior do coletivo, mas sim da falta de meios para se coibir o delito. Isto porque se torna mais difícil a fiscalização e apreensão de droga quando o transporte é coletivo.

(...)

Passo à dosagem da pena. O réu é tecnicamente primário, de modo que fixo a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Tendo em vista a fixação no mínimo legal, deixo de aplicar a confissão espontânea. Ausentes quaisquer outras agravantes ou atenuantes.

Presentes às causas de aumento referentes ao artigo 40, incisos III e V da Lei n. 11.343/06, aumento a pena em 2/5 (dois quintos), tornando-a definitiva em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa. (Grifou-se.)

Por sua vez, quanto ao tema, o Tribunal de origem assim consignou:

"Considerando a quantidade da substância entorpecente apreendida em poder do apelado, 18.158 g de maconha, distribuídas em 25 (vinte e cinco) tijolos, elevo a pena-base a ele imposta na fração de 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, totalizando 6 (seis) anos, e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, calculados no mínimo legal, por força do art. 42 da Lei no 11.343/06.

(...)

Mantenho o acréscimo de 2/5 (dois quintos) pelo reconhecimento das duas causas de aumento de pena, conforme bem arbitrado pela r. sentença recorrida perfazendo um total de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, e ao pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, calculados no mínimo legal.

O fato do ônibus que transportava o apelante pertencer a uma empresa particular, não afasta a sua característica de transporte público, sendo ela apenas uma concessionária de tal serviço. Por tal motivo, a respectiva causa de aumento de pena é de ser mantida." (e-STJ, fl. 73.)

A partir do julgamento do REsp n. 1.345.827/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 27/3/2014, a Quinta Turma desta Corte passou a adotar entendimento de que o simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, a qual deve ser aplicada somente quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior.

Nessa mesma linha, o seguinte precedente da Sexta Turma desta Corte:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO PARA CONDUZIR A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGA. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DA EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO DA SUBSTÂNCIA EM SEU INTERIOR.

1. Até recentemente, a jurisprudência desta Corte estava consolidada no sentido de que o simples ato de transportar a droga em transporte público dava causa à incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no REsp n. 1.444.666/MT, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/8/2014). No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 1.378.796/MS, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 25/6/2014; e AgRg no AREsp n. 225.357/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 27/3/2014.

2. No julgamento do REsp n. 1.345.827/SC (DJe 27/3/2014), da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, a Quinta Turma passou a adotar entendimento contrário acerca do tema, no sentido de que o simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da majorante, que deve ser aplicada somente quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior.

3. No voto, o Relator assentou que o fator que torna a conduta mais reprovável, determinando a incidência da causa de aumento, é o incremento do risco à saúde pública, o que ocorre quando o crime é praticado em locais com grande aglomeração de pessoas, facilitando a difusão da droga ilícita [...] o que não ocorre pela simples utilização do transporte público sem que as demais pessoas tenham qualquer contato com a substância entorpecente.

4. Como o novo entendimento encontra ressonância na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, não há motivo para insistir na manutenção da tese contrária, que até então vinha sendo acatada na Sexta Turma.

5. *Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal.*"

(AgRg no REsp n. 1460543/PR, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 19/09/2014.)

Do mesmo modo, entendem ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS (TRANSPORTE PÚBLICO). NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. [...]

1. O entendimento de ambas as Turmas do STF é no sentido de que a causa de aumento de pena para o delito de tráfico de droga cometido em transporte público (art. 40, III, da Lei 11.343/2006) somente incidirá quando demonstrada a intenção de o agente praticar a mercancia do entorpecente em seu interior. Fica afastada, portanto, na hipótese em que o veículo público é utilizado unicamente para transportar a droga. Precedentes.

[...]

4. *Ordem concedida, em parte, apenas para afastar a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006"* (HC n. 119.811/MS, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, DJe de 1º/7/2014.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]"

1. A aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, tem como objetivo punir com mais rigor a comercialização de drogas em determinados locais onde se verifique uma maior aglomeração de pessoas, de modo a facilitar a disseminação da mercancia, tais como escolas, hospitais, teatros, unidades de tratamento de dependentes, entre outros.

2. A aplicação da majorante do inciso III exige a comercialização da droga no próprio transporte público, sendo insuficiente a mera utilização do transporte para o carregamento do entorpecente. Precedentes: HC 119.782, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 03.02.14 e HC 109.538, Primeira Turma, Redatora para o acórdão a Ministra Rosa Weber, DJe de 26.10.12.

3. *In casu*, a Corte Estadual, em sede de apelação, afirmou que “no caso em apreço, verifica-se que a recorrida não se utilizou do transporte coletivo para disseminar entorpecentes, mas tão somente para levar a droga escondida em suas partes íntimas até o destino final. Ou seja, não tinha a intenção de difundir, usar e/ou comercializar a referida droga, aproveitando-se do fato de estar no interior do veículo público.”

(HC n. 118.676/MS, Rel. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe de 28/3/2014.)

Constatado o flagrante constrangimento ilegal a que foi submetido o paciente, faz-se necessária a readequação de sua pena para destacar a causa de aumento do art. 40, III, da Lei de Drogas, de modo que, na terceira fase, incida o *quantum* de 1/5, totalizando 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 735 (setecentos e trinta e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da sua condenação.

Em relação à majorante do inciso V do mesmo art. 40 da Lei n. 11.343/2006, o seu afastamento, como almejado pela impetração, esbarra na imprescindível análise do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

Sobre isso:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OMISSÃO ACERCA DA APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 41 DA LEI DE DROGAS. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. WRIT. VIA INADEQUADA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. TEMA NÃO ENFRENTADO 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Hipótese em que não há nulidade a ser reconhecida. O acórdão guerreado logrou fundamentar, de maneira idônea, a manutenção da condenação do paciente tal como proferida pelo Juízo de primeira instância, utilizando, de modo complementar, os termos do édito condenatório. Esta Corte Superior de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, há muito já sedimentaram o entendimento de que não há cogitar nulidade do acórdão por ausência de fundamentação ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, se o Colegiado estadual, ao fundamentar o decisum, reporta-se à sentença condenatória, ou mesmo ao parecer do Ministério Público, valendo-se da denominada fundamentação per relationem. Ao ratificar os termos da sentença, o Tribunal de origem utilizou-se da técnica de fundamentação per relationem ou por referência, evitando possível tautologia. Não há falar, pois, em nulidade por inobservância da exigência constitucional de motivação das decisões judiciais (art.

93, IX, da Constituição Federal).

3. A suposta omissão do acórdão atacado acerca da aplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei de Drogas não foi suscitada pela Defesa no momento oportuno perante instâncias ordinárias, razão pela qual não pode ser objeto de análise por este Sodalício, porquanto a via estreita do writ não é idônea a sanar o vício ora apontado. Eventual omissão do aresto guerreado deveria ter sido ventilada em sede de embargos de declaração, que, consoante é cediço, visam sanar obscuridade, contradição e omissão dos julgados.

4. As instância ordinárias concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso V, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

5. A alegação de incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito não foi apreciada pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Habeas corpus não conhecido." (HC 282.490/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/8/2014, DJe 25/8/2014, grifou-se.).

Por fim, no que se refere à minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, a Corte *a quo* concluiu, motivadamente, pela dedicação do paciente ao tráfico ilícito de entorpecentes, não só pela quantidade da droga apreendida (25 "tijolos" de maconha totalizando 18.158g), mas também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, sobretudo diante dos dados da vida pregressa, aliados ao fato de que "afirmou não possuir emprego" (e-STJ, fl. 74).

A propósito, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. QUANTIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. *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.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido.

- Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida (109 porções de cocaína e 106 porções de *crack*) e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.

- Consigne-se que, mantidos a pena-base e o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 6 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 7 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, como bem destacado no acórdão recorrido, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. - *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 320176/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/4/2016.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida - 514,3 kg de cocaína - , e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida - 514,3 kg de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 353208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/4/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. **Concedo** a ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de ofício para afastar a majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 e readequar a pena imposta ao paciente para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 735 (setecentos e trinta e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da sua condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0035207-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 234.105 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 63218020108260073 8942010

EM MESA

JULGADO: 16/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUSTAVO RODRIGUES MINATEL - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : SIDNEI DE CARVALHO JÚNIOR (PRESO)

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

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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