



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.280 - SP (2015/0151364-5)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LARISSA GRIMM BAKRI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THEOFANES LOPES DA SILVA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/5 NA SEGUNDA FASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

3. Caso em que a exasperação da pena-base em 2/5 acima do mínimo legal (7 anos), em virtude da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (45 tubos plásticos contendo cocaína, 82 tubos plásticos contendo *crack* e 91 papелotes de maconha), não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador. Precedentes.

4. A legislação penal pátria não determina percentuais mínimo e máximo de aumento de pena em razão da incidência de circunstâncias agravantes, cabendo às instâncias ordinárias adequar o percentual dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

5. Hipótese em que o aumento da pena, na segunda fase, em 1/5, pela agravante da reincidência específica, não se mostra desproporcional diante da situação retratada nos autos.

6. *Writ* 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de outubro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.280 - SP (2015/0151364-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de THEOFANES LOPES DA SILVA, em que se aponta como autoridade coatora a 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso na infração definida no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe imposta pena de 8 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 840 dias-multa (fls. 18/22).

Irresignada, a defesa interpôs a Apelação n. 0039859-82.2014.8.26.0050 postulando a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas, a fixação da pena-base no mínimo legal, a exasperação em razão da reincidência na fração de 1/6 e o reconhecimento da inconstitucionalidade da pena de multa.

O Tribunal de origem, em votação unânime, negou provimento ao recurso (fls. 37/47).

No presente *writ*, o impetrante alega que a exasperação da pena-base pela quantidade e pela natureza dos entorpecentes mostra-se excessiva (2/5). Sustenta, ainda, que o aumento da pena pela circunstância agravante da reincidência em patamar superior a 1/6 exige fundamentação idônea, o que não foi observado por ocasião da dosimetria.

Requer a redução da reprimenda imposta ao paciente.

Prestadas as informações (fls. 58/76).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 81/87).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.280 - SP (2015/0151364-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, 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.

Assim, por força do referido preceito normativo, no momento da fixação da reprimenda prevista no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga.

No caso dos autos, o sentenciante, ao dosar a pena-base em 7 anos de reclusão, justificou a exasperação na quantidade e na natureza dos entorpecentes apreendidos em poder do paciente e, em razão da reincidência específica, agravou a reprimenda em 1/5 (fl. 21).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, consignou (fls. 43/44):

"No presente caso, excluindo-se os frascos de lança-perfume apreendidos, a quantidade de drogas remanescente é por demais exacerbada; a natureza da droga, em especial o *crack*, é demasiadamente reprovável, a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Frise-se que foram apreendidos 91 papелotes de maconha, 45 tubos plásticos contendo cocaína e 82 tubos plásticos contendo *crack*, entorpecente este último sabidamente de elevado potencial nocivo, quando comparado a outras drogas.

Ademais, o *crack*, que possui forte potencial ofensivo à saúde pública, capaz de destruir a rede neurológica do usuário, além de causar instantânea dependência química, exigindo maior reprovação da conduta.

Em seguida, considerando a reincidência do réu (fl. 72), correta a exasperação da pena em 1/5. Tal fração se explica em razão de ser a reincidência específica em crime de tráfico de drogas, a demonstrar que com a anterior condenação o recorrente não assimilou a terapêutica penal e voltou a perpetrar idêntico delito."

Dessa forma, devidamente justificado o *quantum* de exasperação da pena-base (2/5), em razão da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (45 tubos plásticos contendo cocaína, 82 tubos plásticos contendo *crack* e 91 papелotes de maconha), descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais porque a fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fração fundou-se em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

A esse respeito, colho os precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO REALIZADO ANTES DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. NULIDADE. AUSÊNCIA. RITO PREVISTO N LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE E QUALIDADE DO ENTORPECENTE. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. RÉUS INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. AUMENTO DA PENA. APLICAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

(...) 2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas é pacífico no âmbito deste Sodalício o entendimento de que a fixação da reprimenda básica deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, conforme o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

(...) 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1357261/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 01/10/2015)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VARIEDADE DA DROGA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. LEGALIDADE. PENAS ALTERNATIVAS. PENA SUPERIOR À 4 ANOS. NÃO APLICAÇÃO. HC 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. Não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

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

4. O aumento da pena em 2 anos para o crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, cuja pena em abstrato varia de varia de 5 a 15 anos, tendo-se em vista a elevada quantidade de droga apreendida, é razoável, respeitados os limites da discricionariedade dos magistrados.

5. A variedade de droga justifica a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado no patamar máximo.

6. Ante a pena fixada, a quantidade de droga justifica a fixação do imediatamente mais gravoso regime inicial fechado para o cumprimento de pena.

7. Não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nas hipóteses em que a pena fixada foi maior de 4 anos, nos termos dos arts. 44, inc. I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 203.872/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 01/07/2015)

Também não prospera o argumento de que o aumento gerado pela reincidência não deve ultrapassar 1/6, porque a nossa legislação penal não determina percentuais mínimo e máximo de aumento de pena em razão da incidência de circunstâncias agravantes, cabendo às instâncias ordinárias adequar o percentual dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

In casu, o aumento da pena, na segunda fase, em 1/5, pela agravante da reincidência específica, não se mostra desproporcional diante da situação retratada nos autos.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PROPORCIONALIDADE ENTRE A FRAÇÃO ESCOLHIDA E A MOTIVAÇÃO APRESENTADA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. O *quantum* de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo ser observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

2. Verificando-se que a reincidência operou-se em razão de condenação anterior por idêntico delito ao em exame - tráfico de entorpecentes -, mostra-se proporcional a motivação apresentada para a manutenção do aumento da pena em 1/3 (um terço), na segunda etapa da dosimetria.

(HC 298.617/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 15/09/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO. REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2. Não há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam ao razoável aumento de dois anos da pena, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência, visto que o paciente era, ao tempo do crime, reincidente específico.

3. É devida a imposição do regime inicial fechado ao reincidente específico condenado à reprimenda de 7 anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º e alíneas, do Código Penal.

4. Ordem não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 275.145/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

Registre-se que, somente em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça procede ao reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando é flagrante a ofensa a lei federal, situação incorrente na espécie.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0151364-5

HC 328.280 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00398598220148260050 398598220148260050

EM MESA

JULGADO: 13/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LARISSA GRIMM BAKRI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THEOFANES LOPES DA SILVA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.