



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.439 - MS (2013/0264647-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANTÔNIO MARCOS PEREIRA DA ROCHA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. (I) REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS. (II) AGRAVANTE. AUMENTO NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PROPORCIONALIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício.

2. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

3. Ademais, "a exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. Assim, meras alusões à gravidade em abstrato do delito, à potencial consciência da ilicitude, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem lastro em circunstâncias concretas não podem ser utilizados para aumentar a pena-base" (HC 353.839/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 08/06/2016).

4. Na espécie, o magistrado sentenciante considerou desfavoráveis as circunstâncias do crime, pois mantinha o paciente "boca de fumo", facilitando sobremaneira o acesso dos usuários aos entorpecentes, com isso violando o bem jurídico protegido pela norma com maior gravidade. Descreveu, assim, as particularidades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito, o local em que ocorreu o crime e a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelo agente, fundamentando suficientemente o aumento operado. Precedentes.

5. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, suficiente a motivar a exasperação da pena-base a natureza da substância entorpecente apreendida em poder do sentenciado – cocaína.

6. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes.

7. No caso, foi aplicado o aumento de 1/6 (um sexto) para a agravante reconhecida na sentença, patamar considerado proporcional pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, notadamente diante da recidiva específica do sentenciado. Desse modo, não há ilegalidade flagrante ou teratologia manifesta a ser sanada mediante a concessão da ordem de ofício.

8. *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, por unanimidade, não conhecer da ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.439 - MS (2013/0264647-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANTÔNIO MARCOS PEREIRA DA ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ANTÔNIO MARCOS PEREIRA DA ROCHA, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Foi o paciente denunciado pela suposta prática das condutas descritas nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/2006, bem como no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 e art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo a peça acusatória, no dia 29 de setembro de 2011, o paciente tinha em depósito, para o fim de comércio, **5 (cinco) porções e 47 (quarenta e sete) papелotes de cocaína, pesando 110g (cento e dez gramas), e 1 (uma) porção de maconha, pesando 24g (vinte e quatro gramas)**. Na mesma data, verificou-se que o denunciado possuía em sua guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 3 (três) munições calibre 380. Descreveu a inicial, por derradeiro, que o denunciado corrompeu o adolescente V. DE A. J., com ele praticando infração penal (e-STJ fls. 10/15).

Superadas as demais fases processuais, o paciente foi condenado, pelo crime de tráfico de entorpecentes, à pena de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, sendo absolvido dos demais delitos, com fulcro no art. 386, incisos II, III e VII, do Código de Processo Penal.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, em sessão de julgamento realizada em 24 de junho de 2013, os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara de Direito Criminal, à unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 320):

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA - TRAFICO ILÍCITO DE DROGAS - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO - IMPROCEDENTE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PROVA TESTEMUNHAL. HARMÔNICA E SEGURA REDUÇÃO DA PENA-BASE - NÃO POSSÍVEL - CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E NATUREZA DAS DROGAS BEM SOPEADAS - REDUÇÃO DO AUMENTO DECORRENTE DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - INVIÁVEL - QUANTUM DE 1/6 ADEQUADO À REPRESSÃO DO APELANTE, QUE, ALIÁS, É REINCIDENTE ESPECÍFICO - RECURSO IMPROVIDO.

1. Incabível o pleito absolutório quando os depoimentos firmes e seguros dos policiais civis responsáveis pela prisão e de outra testemunha delatora, aliados às circunstâncias fáticas do delito em questão (informação de que no local funcionava uma boca de fumo; apreensão de drogas prontas para a venda e de vários objetos eletrônicos, comumente encontrados em "boca de fumo"), evidenciam a materialidade do crime de tráfico e a autoria do réu no referido ilícito penal.

2. Não deve ser afastada a valorarção negativa das circunstancias do crime de tráfico se o recorrente realizava o comércio ilícito em local conhecido como "boca de fumo", em virtude da maior facilidade de captação de clientela e de disseminação da droga, além de tomar mais difícil a ação policial, já que a casa é asilo inviolável.

3. A qualidade da substância entorpecente apreendida (cocaína) justifica a exasperação da pena-base operada pelo magistrado a quo, pois referida droga está entre as de maior potencial ofensivo, devendo ser tal fato levado em consideração, a teor do disposto no art. 42 da lei n. 11.343/06.

4. Não há falar em redução do quantum aplicado à título da agravante da reincidência se o aumento de 1/6 (um sexto) da pena mostra-se necessário e adequado à reprovação do crime e repreensão do recorrente, que, aliás, é reincidente específico no delito de tráfico de drogas.

5. Recurso conhecido e, no mérito, improvido.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a Defensoria Pública, como primeira tese, que o magistrado sentenciante foi demasiadamente severo ao majorar a reprimenda básica em 2 (dois) anos em razão das circunstâncias do crime e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza dos entorpecentes, que embora variados – maconha e cocaína –, foram apreendidas em quantidades ínfimas: 110g (cento e dez gramas) de cocaína e 24g (vinte e quatro gramas) de maconha. Sublinhou, outrossim, a desproporcionalidade do pronunciamento judicial, porquanto, diante de 9 (nove) circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, somente 2 (duas) foram consideradas desfavoráveis ao paciente.

Reverbera, também, ausência de fundamentação do aumento operado na segunda etapa da dosimetria, pois não justificou o magistrado sentenciante a elevação da reprimenda em 1 (um) ano e 2 (dois) meses. Assere que, em observância ao princípio da proporcionalidade da pena e da razoabilidade, mostra-se perfeitamente condizente com o caso concreto a majoração da pena em 6 (seis) meses em razão da agravante da reincidência.

Diante dessas considerações, pede, seja a pena-base fixada em patamar próximo ao mínimo legal, bem assim que, diante do reconhecimento da agravante da reincidência, seja a sanção aumentada em 6 (seis) meses.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fl. 336).

Dispensadas as informações, foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem.

Eis a ementa do parecer (e-STJ fls. 342/345):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA ADEQUADA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.439 - MS (2013/0264647-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, a, da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional.

No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJe de 27/5/2015.

Sendo assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Na espécie, o magistrado singular, ao condenar o paciente pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, fixou a respectiva pena-base acima do mínimo legal por considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas à circunstâncias do crime e à natureza do entorpecente apreendido. Nesse contexto, a reprimenda básica foi estabelecida em 7 (sete) anos de reclusão mais o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Confira-se o seguinte trecho da r. sentença (e-STJ fls. 255/256):

Analizando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifica-se que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do réu, não deve lhe prejudicar, porquanto comum a esse crime;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*possui antecedentes criminais, mas isso somente será considerado na segunda fase do cálculo da pena, de modo a evitar o bis in idem; a conduta social e a personalidade do agente serão analisadas abaixo, como circunstâncias judiciais preponderantes; os motivos da infração penal não desbordaram da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; **as circunstâncias devem aumentar a pena-base, porquanto mantinha uma "boca de fumo", facilitando sobremaneira o acesso dos usuários ao entorpecente, e com isso violando o bem jurídico tutelado com maior gravidade**; já as consequências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime; não há que se falar, na espécie, em comportamento da vítima.*

Nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais preponderantes: a quantidade de droga apreendida, apesar de relevante, não tem o condão de prejudicar o réu; já a natureza da substância entorpecente deve prejudicá-lo, uma vez que uma das substâncias encontradas trata-se de cocaína. 'Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes' (STJ, HC 187.330/MG, j. 03/05/2011); a conduta social não restou esclarecida nos autos; inexistem elementos suficientes para se definir a personalidade do agente.

Assim, tudo supra sopesado, hei por bem fixar a pena-base acima do mínimo legal, mais precisamente em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na segunda fase, considerando a agravante genérica da reincidência (art. 61, I, do CP), agravo a pena base, quedando-se a pena intermediária em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa.

Na terceira fase do cálculo da pena não existem causas de aumento ou diminuição da pena a serem consideradas, razão pela qual fixo como definitiva a pena anteriormente dosada.

A Corte de origem, para manter a reprimenda aplicada no édito condenatório, apresentou estas justificativas (e-STJ fl. 329):

No entanto, é ressabido que não existem critérios matemáticos que disciplinam a fixação da pena-base, de sorte que tal atividade se insere no campo de discricionariedade do magistrado, que, dentro dos parâmetros fornecidos pelo preceito secundário do tipo penal, poderá escolher o quantum que julgar adequado e suficiente à prevenção e reprovação do delito.

A respeito da norma que estipula critérios para o julgador estabelecer o limite inicial da pena, DAMÁSIO E. DE JESUS nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ensina que "o caput diz que compete ao juiz, na fixação da pena, atender às circunstâncias judiciais, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Assim, impõe-se que a pena seja necessária para atender ao grau de reprovação da conduta. E ela deve ser suficiente para prevenir o crime (prevenção genérica e específica)" (Código Penal Anotado. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 197 e 198).

Na hipótese dos autos, entendo que não houve desacerto na fixação da pena-base em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, já que suficiente e adequado às circunstâncias fáticas verificadas no caso em análise.

Na segunda fase da dosimetria, a defesa argumenta que a agravante da reincidência também foi fixada em patamar severo, razão de pleitear sua redução para o patamar de 06 (seis) meses.

No caso dos autos, vê-se que o julgador majorou a pena em 1/6 (um sexto) pela agravante da reincidência, quantum este que, embora não vinculativo, tem sido adotado pela jurisprudência nacional como boa margem de aumento ou redução na segunda fase da dosimetria penal (agravantes e atenuantes), refletindo, assim, excelente parâmetro na individualização da pena.

Destarte, considerando que o quantum de 1/6 (um sexto) mostrou-se proporcional ao caso em testilha, notadamente por ser o recorrente multirreincidente específico no delito de tráfico de drogas, permanece a pena intermediária em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, o que, à mingua de causas de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas na terceira etapa, torno definitiva.

Conservo o valor unitário de cada-dia multa no mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Praticada a infração penal, surge para o Estado o direito de aplicar a sanção penal abstratamente cominada, modo de retribuir o mal causado pelo acusado e meio supostamente eficiente de evitar a reincidência. Nesse tear, demanda-se a estrita observância do devido processo legal, que se encerra com a sentença, ato judicial que aplica ao acusado a reprimenda individualizada de acordo com a gravidade do delito e com as condições pessoais do sentenciado.

A primeira etapa de fixação da reprimenda, como é cediço, tem como objetivo estabelecer a pena-base, partindo do preceito secundário simples ou qualificado descrito do tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal. As circunstâncias judiciais são valores positivos; para inverter essa polaridade imperioso ao prolator da sentença apresentar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos concretos de convicção presentes no bojo do processo. Sendo assim, é inadmissível o aumento da pena-base com fundamento em meras suposições ou em argumento de autoridade. Não atende à exigência do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal a simples menção aos critérios enumerados no art. 59 do Código Penal, sem anunciar os dados objetivos e subjetivos que a eles se amoldam, ou a invocação de fórmulas imprecisas em prejuízo do condenado.

No caso em desfile, o magistrado sentenciante considerou desfavoráveis as circunstâncias do crime, pois mantinha o paciente "boca de fumo", facilitando sobremaneira o acesso dos usuários aos entorpecentes, com isso violando o bem jurídico protegido pela norma com maior gravidade.

De acordo com a orientação desta Corte Superior, as circunstâncias da infração podem ser compreendidas como os pormenores do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não inerentes ao tipo penal.

Sendo assim, na análise das circunstâncias do crime, imperioso ao magistrado sentenciante apreciar, com base em fatos concretos, o lugar do crime, o tempo de sua duração, a atitude assumida pelo agente no decorrer da consumação da infração penal, a mecânica delitiva empregada, dentre outros elementos indicativos de uma maior censurabilidade da conduta.

Isso aqui ocorreu.

Reparem: descreveu o magistrado sentenciante as particularidades do local em que perpetrado o delito de tráfico de entorpecentes e a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada, parecendo-me, portanto, suficientemente fundamentado o aumento operado na origem.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS. INCREMENTO JUSTIFICADO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inviável o seu conhecimento.

2. Não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal no tocante à exasperação da pena-base pela natureza da droga apreendida - cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. **É devido o aumento da pena-base quando apontados elementos concretos que evidenciam a desfavorabilidade das circunstâncias do delito, como, in casu, em que se constatou o paciente fornecia entorpecentes para um ponto habitual de vendas de drogas (boca de fumo), o que reflete um plus de reprovabilidade de sua conduta.**

4. Escorreita a imposição do regime inicial fechado, porquanto inviável a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena quando o réu é reincidente e a reprimenda imposta ultrapassa 4 anos de reclusão (art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal).

5. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 355.265/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 14/6/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, USO DE DOCUMENTO FALSO, HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. USO DE DOCUMENTO FALSO PELO AUTOR DA FALSIFICAÇÃO. CRIME ÚNICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MAJORANTE. CARTEIRA DE HABILITAÇÃO VENCIDA. ANALOGIA IN MALAM PARTEM. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. **O modo de execução do delito de tráfico de drogas, os instrumentos empregados em sua prática, bem como as condições em que ocorreu o ilícito em questão justificam, a toda evidência, a conclusão pela desfavorabilidade das circunstâncias do crime.**

[...]

13. No Direito Penal, não se admite a analogia in malam partem, de modo que não se pode inserir no rol das circunstâncias que agravam a pena (art. 302, § 1º) também o fato de o agente cometer homicídio culposo na direção de veículo automotor com carteira de habilitação vencida.

14. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, nos termos do voto do Relator.

(HC 226.128/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 20/04/2016, grifei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De mais a mais, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, parece-me suficiente a motivar a exasperação da pena-base a natureza da substância entorpecente apreendida em poder do sentenciado – cocaína, diante da maior nocividade da substância, notadamente considerando os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por ela provocada, bem assim tendo em vista as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo do referido estupefaciente (e-STJ fl. 256).

Com o objetivo de esclarecer inteiramente a questão, colaciono os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. MAJORANTE DESCRITA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. A natureza da droga apreendida - cocaína, dotada de alto poder viciante - constitui fundamento idôneo a ensejar a exasperação da pena-base, à luz do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Não poderia a Corte de origem, em recurso exclusivo da defesa, haver sopesado a quantidade de drogas apreendidas - 40 pinos de cocaína, com peso bruto total aproximadamente de 45 g - para fins de exasperação da pena-base, porquanto tal circunstância, em nenhum momento, foi considerada como desfavorável pelo Juiz de primeiro grau, sob pena de violação do princípio da ne reformatio in pejus.

[...]

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente, nos termos do voto do relator.

(HC 338.379/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DAS DROGAS. EXASPERAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUSTIFICADA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALUSÃO A ELEMENTOS GENÉRICOS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, o Juízo de primeira instância apontou elementos concretos que justificam acréscimo da pena-base, haja vista que a empreitada criminosa envolveu cocaína e crack, substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios. Todavia, notabiliza-se que com relação as demais circunstâncias não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente, nos autos da Ação Penal n.º 0007537-29.2014.8.26.0302, para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 354.611/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 24/08/2016, grifei.)

Rememoro, outrossim, que o legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado.

E mais: a legislação ordinária não exige que as circunstâncias judiciais sejam todas consideradas desfavoráveis para a fixação da pena em patamar superior ao mínimo previsto no preceito secundário da norma penal.

Entretanto, atento às peculiaridades relacionadas aos crimes previstos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na Lei n. 11.343/2006, o art. 42 anuncia parâmetros outros para o cálculo da pena-base, esclarecendo que o magistrado, ao estabelecer a sanção, considerará, com preponderância sobre os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade do produto ou da substância apreendida. De fato, como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa.

Desse modo, as circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nortearão o sentenciante na escolha do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa.

Importante ressaltar, diante do contexto em análise, não ser este remédio constitucional a via própria para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para aumentar a pena-base. Nesse tear, tratando-se de tema afeto à discricionariedade regrada do magistrado, somente é possível a revisão do cálculo da pena na via eleita em hipóteses excepcionais, quando evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de aprofundamento no acervo fático-probatório.

Na espécie, reparem que o magistrado sentenciante, respeitando os critérios acima referidos, bem como aos pormenores da situação em desfile, aumentou a reprimenda em 2 (dois) anos acima do mínimo legal, destacando as circunstâncias do delito e a natureza da substância entorpecente apreendida – cocaína. Tal o contexto, sobretudo diante da preponderância da segunda circunstância judicial na fixação da reprimenda, não diviso ilegalidade flagrante no cálculo da sanção a tornar imperiosa a concessão da ordem de ofício.

Passo, pois, a análise da alegação de que a elevação da reprimenda, na segunda etapa do cálculo, não foi devidamente fundamentada.

No particular, esclareço, por oportuno, que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diante desse cenário, o aumento da reprimenda em razão da incidência de cada circunstância agravante, deve respeitar, em regra, o limite de 1/6 (um sexto), salvo situações excepcionais, devidamente justificadas.

No caso em desfile, vimos, foi aplicada fração de 1/6 (um sexto) diante da agravante da reincidência reconhecida na sentença condenatória.

Desse modo, não observo a existência de teratologia manifesta a ser sanada nesta oportunidade, notadamente considerando a recidiva específica do sentenciado (e-STJ fl. 329), situação bastante a justificar, inclusive, exasperação superior a aplicada no édito condenatório.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CORRÉUS. DOSIMETRIA. PENAS-BASE. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA EM RELAÇÃO ÀS VETORIAIS DA CULPABILIDADE, DA PERSONALIDADE, DA CONDUTA SOCIAL E DOS MOTIVOS DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. NEGATIVAMENTE VALORADA PELO MODUS OPERANDI DA AÇÃO DELITUOSA. LEGALIDADE. MAUS-ANTECEDENTES. PROCESSO PENAL EM ANDAMENTO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. AGRAVANTES. FRAÇÃO INFERIOR A 1/6. LEGALIDADE. PENAS REDIMENSIONADAS.

[...]

5. Quanto à majoração das reprimendas pelo reconhecimento da reincidência, não há ilegalidade a ser sanada, pois, em razão da ausência de previsão no Código Penal do patamar de aumento ou de diminuição, a jurisprudência deste Tribunal tem-se firmado no sentido de que a fração de 1/6 para cada agravante ou atenuante atende ao critério da proporcionalidade.

6. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, para, reduzindo as penas-base impostas aos pacientes, redimensionar as reprimendas.

(HC 214.479/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DAS DROGAS. EXASPERAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUSTIFICADA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALUSÃO A ELEMENTOS GENÉRICOS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, o Juízo de primeira instância apontou elementos concretos que justificam acréscimo da pena-base, haja vista que a empreitada criminosa envolveu cocaína e crack, substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios. Todavia, notabiliza-se que com relação as demais circunstâncias não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.

2. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente possui duas condenações definitivas, uma delas, inclusive, a configurar reincidência específica, o que justifica a exasperação da pena em 1/3 na segunda fase da dosimetria.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente, nos autos da Ação Penal n.º 0007537-29.2014.8.26.0302, para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 354.611/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 24/08/2016, grifei.)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

Ante o exposto, **não conheço da impetração.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0264647-0

HC 275.439 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00545582620118120001 545582620118120001 70042011

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: ANTÔNIO MARCOS PEREIRA DA ROCHA (PRESO)

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.