



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 739.080 - RS (2022/0125821-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : VALDECI OLIVEIRA DE VARGAS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA ESSE FIM. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. FRAÇÃO DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO. ADEQUADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

2. Hipótese em que a pena-base do delito de tráfico de drogas foi exasperada em 1 ano acima do mínimo legal e do crime de associação para esse fim em 8 meses e 12 dias de reclusão, com fundamento na quantidade e natureza do entorpecente apreendido (193 gramas de cocaína) o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima dos referidos delitos (5 a 15 anos e 3 a 10 anos de reclusão, respectivamente).

3. É firme o entendimento desta Corte Superior que as agravantes não necessariamente incidem sobre o resultado da pena-base, cujo acréscimo de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância negativa multiplica o intervalo de pena decorrente da diferença entre a pena mínima e máxima cominadas ao tipo, para então somar à pena mínima.

4. Nesse contexto, as agravantes incidirão sobre a pena-base se for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haver pena concreta dosada, as agravantes serão fixadas com parâmetro na base de cálculo das circunstâncias judiciais, sob pena de as agravantes serem menos gravosas do que meras circunstâncias judiciais. Doutrina.

5. Na hipótese, a decisão proferida pelas instâncias antecedentes está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, haja vista que a fração de 1/6 incidiu sobre o intervalo da pena em abstrato por ser maior que a pena-base, em atenção sistema hierárquico da pena, estabelecido no art. 68 do Código Penal.

6. Agravo regimental não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2022 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 739.080 - RS (2022/0125821-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : VALDECI OLIVEIRA DE VARGAS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por **VALDECI OLIVEIRA VARGAS**, de decisão na qual não conheci do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 2.111-2.119).

O agravante insiste na tese de ser inidônea a exasperação da pena-base em 1/5 com amparo apenas na quantidade do entorpecente apreendido, quando considerado que as demais circunstâncias judiciais são favoráveis.

Aduz que não foram apresentados fundamentos concretos para justificar a fixação da fração da agravante de reincidência em patamar superior a 1/6 sobre a pena-base.

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito ao colegiado para "reduzir o aumento pela negativação da vetorial circunstâncias e da agravante da reincidência ao patamar de 1/6".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 739.080 - RS (2022/0125821-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : VALDECI OLIVEIRA DE VARGAS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA ESSE FIM. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. FRAÇÃO DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO. ADEQUADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

2. Hipótese em que a pena-base do delito de tráfico de drogas foi exasperada em 1 ano acima do mínimo legal e do crime de associação para esse fim em 8 meses e 12 dias de reclusão, com fundamento na quantidade e natureza do entorpecente apreendido (193 gramas de cocaína) o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima dos referidos delitos (5 a 15 anos e 3 a 10 anos de reclusão, respectivamente).

3. É firme o entendimento desta Corte Superior que as agravantes não necessariamente incidem sobre o resultado da pena-base, cujo acréscimo de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância negativa multiplica o intervalo de pena decorrente da diferença entre a pena mínima e máxima cominadas ao tipo, para então somar à pena mínima.

4. Nesse contexto, as agravantes incidirão sobre a pena-base se for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haver pena concreta dosada, as agravantes serão fixadas com parâmetro na base de cálculo das circunstâncias judiciais, sob pena de as agravantes serem menos gravosas do que meras circunstâncias judiciais. Doutrina.

5. Na hipótese, a decisão proferida pelas instâncias antecedentes está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, haja vista que a fração de 1/6 incidiu sobre o intervalo da pena em abstrato por ser maior que a pena-base, em atenção sistema hierárquico da pena, estabelecido no art. 68 do Código Penal.

6. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

O agravo não merece prosperar.

A decisão recorrida, transcrita a seguir, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, porque ela está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

"Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem, ao negar provimento ao recurso defensivo, manteve a sanção imposta ao paciente com base nos seguintes fundamentos:

"Das penas

A pena aplicada na sentença foi objeto de irresignação da acusação e da defesa dos três acusados.

No que tange ao apenamento, o Magistrado de origem assim fundamentou a sua aplicação:

Assim, passo à individualização e dosimetria das penas aplicadas aos réus:

[...]

2) VALDECI OLIVEIRA DE VARGAS

1º FATO – Art. 35, caput, Lei 11.343/06:

1ª fase Quanto às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a culpabilidade, considerada como grau de reprovação da conduta, não desbordou da necessária para configurar a conduta como crime. O acusado é possuidor de antecedentes criminais, em vista da informação trazida no Evento 252, que comprova a existência de uma condenação irrecorrível pela prática de delito anterior, mas, tendo em vista que tal circunstância implica simultaneamente em reincidência, deixo de valorá-la neste momento, reservando a sua aplicação para a segunda fase do processo de dosimetria de pena, em observância a Súmula 241 do STJ, como forma de evitar a ocorrência do bis in idem. Os motivos do crime são comuns a espécie, a saber, a obtenção de lucro fácil. As circunstâncias em que o delito foi cometido ensejam maior apenamento, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/06, devendo ser considerada a diversidade e a natureza das drogas apreendidas, sendo crack e cocaína substâncias de grande poder entorpecente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cuja lesividade à saúde é considerada grave. As consequências do crime são graves, atingindo a saúde pública, mas já estão dimensionadas pela sanção cominada ao tipo penal.

Impensável cogitar-se de comportamento da vítima (saúde pública). Diante das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), avaliada uma de forma negativa (natureza da droga), sopesando a em 1/10, sobre o intervalo entre a pena mínima e a máxima abstratamente cominada ao delito (3 a 10 anos de reclusão). Cada circunstância negativa equivale a 8 meses e 12 dias. As demais circunstâncias são avaliadas de forma neutra, razão pela qual fixo a pena base em 3 anos, 8 meses e 12 dias de reclusão.

2ª fase Em razão da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do CP), agravo a pena em 1/6, sobre o intervalo entre a pena mínima e a máxima abstratamente cominada ao delito (3 a 10 anos de reclusão), equivalente a 01 ano e 02 meses.

Com efeito, segundo a certidão de antecedentes do Evento 252, consta que o acusado foi condenado definitivamente em 22/06/2015, pelo crime de tráfico de drogas privilegiado (processo nº 123/2.13.0000674-5), cuja extinção ou cumprimento da pena ainda não se implementaram.

Assim, fixo a pena provisória em 4 anos, 10 meses e 12 dias de reclusão.

3ª Fase Não há causas de aumento ou diminuição em relação ao réu Valdeci Oliveira de Vargas.

Assim, torno definitiva a pena fixada em 4 anos, 10 meses e 12 dias de reclusão.

[...]

3º FATO – Art. 33, caput, Lei 11.343/06:

1ª fase Quanto às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a culpabilidade, considerada como grau de reprovação da conduta, não desbordou da necessária para configurar a conduta como crime. O acusado é possuidor de antecedentes criminais, em vista da informação trazida no Evento 252, que comprova a existência de uma condenação irrecorrível pela prática de delito anterior, mas, tendo em vista que tal circunstância implica simultaneamente em reincidência, deixo de valorá-la neste momento, reservando a sua aplicação para a segunda fase do processo de dosimetria de pena, em observância a Súmula 241 do STJ, como forma de evitar a ocorrência do bis in idem. Os motivos do crime são comuns a espécie, a saber, a obtenção de lucro fácil. As circunstâncias em que o delito foi cometido ensejam maior apenamento, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/06, devendo ser considerada a diversidade e a natureza das drogas apreendidas, sendo crack e cocaína substâncias de grande poder entorpecente, cuja lesividade à saúde é considerada grave. As consequências do crime são graves, atingindo a saúde pública, mas já estão dimensionadas pela sanção cominada ao tipo penal.

Impensável cogitar-se de comportamento da vítima (saúde pública). Diante das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), avaliada uma de forma negativa (natureza da droga), sopesando a em 1/10, sobre o intervalo entre a pena mínima e a máxima abstratamente cominada ao delito (5 a 15 anos de reclusão). Cada circunstância negativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

equivale a 1 ano. As demais circunstâncias são avaliadas de forma neutra, razão pela qual fixo a pena base em 6 anos de reclusão.

2ª fase Em razão da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do CP), agravo a pena em 1/6, sobre o intervalo entre a pena mínima e a máxima abstratamente cominada ao delito (5 a 15 anos de reclusão), equivalente a 01 ano e 08 meses.

Com efeito, segundo a certidão de antecedentes do Evento 252, consta que o acusado foi condenado definitivamente em 22/06/2015, pelo crime de tráfico de drogas privilegiado (processo nº 123/2.13.0000674-5), cuja extinção ou cumprimento da pena ainda não se implementaram.

Assim, fixo a pena provisória em 7 anos e 08 meses.

3ª fase Não há causas de aumento ou diminuição em relação ao réu Valdeci Oliveira de Vargas.

Assim, torno definitiva a pena fixada em 7 anos e 08 meses de reclusão.

[...]

CONCURSO MATERIAL

Em razão do concurso material, previsto no artigo 69, caput, do Código Penal, segundo o qual são as penas somadas, totaliza-se a pena em desfavor do réu em 12 anos, 06 meses e 12 dias de reclusão –, e em 1.580 (mil quinhentos e oitenta) dias-multa, observando-se a norma do art. 72 do CP.

[...]

Tenho que, quanto às penas-base, não mereça reparos a quantidade aplicada na sentença.

Isso porque, com relação dosimetria da pena, é importante destacar que: “A dosimetria da pena não está atrelada a critérios rígidos, puramente objetivos, submetendo-se a certa discricionariedade vinculada do julgador, dentro dos limites permitidos pela legislação pertinente.” (STJ, AgRg no HC 442.626/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020).

[...]

No caso, não há o que alterar no apenamento basilar.

[...]

Note-se que a Magistrada é clara ao fundamentar a não aplicação da condenação transitada em julgado na primeira fase, em razão da sua utilização da segunda fase da dosimetria da pena, em observância à Súmula 241 do STJ. Tanto é assim, que foi considerada apenas um vetor na primeira fase para exasperar a pena - a natureza das drogas-. Assim, no ponto, nenhum reparo merece a sentença, pois evidente a inexistência de ofensa ao princípio ne bis in idem.

Relativamente às circunstâncias, estas se mostram adequadas, posto que aqui a quantidade/qualidade da droga deve ser sopesada para exasperação da pena.

No ponto, insurgem-se as defesas de Valdeci e Jonathan, requerendo o seu afastamento ou redução do quantum aplicado para exasperação da pena.

Novamente, sem razão.

Isso porque, em conformidade com o entendimento do STJ, tenho que a “quantidade e a natureza da droga apreendida constituem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos aptos a ensejar a exasperação da pena-base, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta" (AgRg no AREsp 674.735/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

Observo que a opção legislativa, prevista no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, foi no sentido de que quem trafica drogas com maior potencial lesivo, tais como crack e cocaína, bem como tem considerável quantidade de estupefaciente tivesse tratamento diferenciado, quer dizer mais rigoroso, diferenciando, por exemplo, daquele traficante que vende pequenas porções.

E, no caso, a exasperação operada na primeira fase do critério dosimétrico está em consonância com o consagrado pelo STJ o critério de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada moduladora desfavorável, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do tipo penal, consoante precedente que colaciono:

[...]

Ora, como se pode verificar o apenamento básico poderia ter sido exasperado, por conta de cada circunstância judicial negativa, em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão. Desse modo, não há reparos a proceder na sentença que observou o quantum para exasperar a basilar pela presença de duas moduladoras desfavoráveis diante dos elementos do caso concreto, razão pela qual vai mantida.

Outrossim, sobre o apenamento basilar dos acusados, inviável a exasperação, conforme pretendido pelo Parquet, na medida em que não restam circunstâncias que justifiquem o incremento das basilares, mormente porquanto exasperadas as penas em observância as circunstâncias do caso concreto.

Desse modo, não há reparos a proceder na sentença, uma vez que, com relação ao quantum, bem observou os critérios de necessidade e suficiência para a prevenção e a reprovação do delito.

[...]

Prequestionamento Por fim, reputo prequestionados todos os dispositivos legais abordados nas razões recursais, salientando não haver violação a qualquer dispositivo legal mencionado.

Cabe dizer que o Julgador não está obrigado a enfrentar todos os dispositivos legais invocados pelas partes, tampouco a tecer considerações acerca de cada um deles, desde que profira decisão fundamentada.

Dispositivo.

Por tais razões, voto no sentido de negar provimento aos recursos defensivos e ministerial, mantendo, a bem lançada sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos" (e-STJ, fls. 182-198).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, as instâncias ordinárias, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (193 gramas de cocaína) para elevar a pena do delito de tráfico em 1 ano de reclusão e a do crime de associação para esse fim em 8 meses e 12 dias de reclusão acima do mínimo legal.

Assim, tendo sido apresentado elementos idôneos para a majoração da reprimenda básica, **elencados inclusive como circunstâncias preponderantes**, e levando-se em conta as penas mínima e máxima abstratamente cominadas aos referidos delitos (5 a 15 anos e 3 a 10 anos de reclusão), não se mostra desarrazoado o aumento operado pela instância ordinária, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

Confirmam-se alguns julgados que respaldam esse entendimento:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUMENTO DE 2 ANOS PELA QUANTIDADE DE DROGAS. ART. 42 DA LEI 11.343/06. DESPROPORCIONALIDADE PATENTE NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO AFASTADA FUNDAMENTADAMENTE. PRESENÇA DE INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO AO TRÁFICO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a aplicação da pena, na primeira fase da dosimetria, não se submete a um critério matemático, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada do juiz, tal como realizado pela Corte a quo.

2. O aumento da pena-base do delito de tráfico em 2 anos, em razão da grande quantidade de cocaína apreendida, não revela desproporcionalidade patente a ser revista na via do especial, em se considerando, sobretudo as penas mínima e máxima cominadas e o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

3. Devidamente fundamentada a negativa da minorante do tráfico privilegiado, pela dedicação à atividade criminosa, a pretendida revisão do entendimento encontra óbice na Súmula 7/STJ. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 1792930/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAJORAÇÃO PROPORCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que a "natureza e a quantidade do entorpecente são fundamentos idôneos para exasperar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena-base dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico, ex vi do art. 42 da Lei n. 11.343/2006" (AgRg no HC 497.513/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 17/10/2019) e que "[i]nexiste um critério puramente aritmético para a dosimetria da pena, cabendo ao julgador, a quem a lei confere certo grau de discricionariedade, sopesar cada circunstância à luz da proporcionalidade, consoante seu prudente arbítrio [...]" (HC 448.085/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 22/08/2019).

2. No caso, a majoração da pena-base em 2 (dois) anos e 3 (três) meses não se mostra desarrazoada ou desproporcional, considerando-se a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida, bem como o largo intervalo existente entre as penas mínima e máxima aplicáveis ao delito (de 5 a 15 anos de reclusão).

3. São condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Na espécie, tal minorante foi afastada com base em circunstâncias específicas do caso, tendo a Corte de origem declinado elementos idôneos e concretos indicadores do envolvimento habitual do Agravante com o esquema criminoso, concluindo por sua dedicação a atividades criminosas. A modificação desse entendimento exigiria aprofundado reexame probatório, o que não é possível na via do habeas corpus.

4. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 665.294/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 27/08/2021)

Em relação à alteração de fração de incidência da agravante do art. 61, I, do Código Penal, também não assiste razão ao impetrante:

Quanto ao tema, consigna-se que as agravantes não necessariamente incidem sobre o resultado da pena-base, cujo acréscimo de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância negativa multiplica o intervalo de pena decorrente da diferença entre a pena mínima e máxima cominadas ao tipo, para então somar à pena mínima.

Portanto, as agravantes incidirão sobre a pena-base se for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haver pena concreta dosada, as agravantes serão fixadas com parâmetro na base de cálculo das circunstâncias judiciais, sob pena de as agravantes serem menos gravosas do que meras circunstâncias judiciais.

Nesse sentido entende consagrada doutrina especializada na dosimetria da pena:

"Aparentemente, ao analisarmos sem maiores cuidados, estaríamos concluindo que o patamar ideal imaginário de 1/6 para cada atenuante ou agravante, de forma isolada, deveria sempre incidir sobre a pena-base, pois já existe uma pena em concreto dosada.

No entanto, chamamos atenção porque nem sempre esta será a solução adequada, sob pena de ferirmos o próprio sistema hierárquico da pena, consagrado pela forma trifásica.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O patamar ideal imaginário de 1/6, usado para atenuante e agravante, isoladamente, deverá sempre incidir sobre o que for maior, intervalo de pena em abstrato ou pena-base.

Com adoção deste critério, resolvemos qualquer problema, senão vejamos na solução da questão debatida anteriormente: o intervalo de pena em abstrato corresponde a 8 anos, a pena-base corresponde a 2 anos, logo, concluímos que o maior é o intervalo de pena, razão pela qual este será usado como parâmetro para a incidência do patamar ideal imaginário de 1/6 na segunda fase. Com isso não mais teremos um acréscimo de apenas 4 meses em decorrência da existência de uma agravante ($1/6$ de 2 anos = 4 meses), mas teremos um acréscimo de 1 ano e 4 meses por força da agravante ($1/6$ de 8 anos = 1 ano e 4 meses), conduzindo a pena na segunda fase ao quantitativo de 3 anos e 4 meses de reclusão, ou seja, patamar superior ao que chegaríamos À hipótese de valoração do motivo do crime como circunstância judicial desfavorável (3 anos).

O que queremos deixar esclarecido é que se existe uma circunstância judicial desfavorável que será valorada na primeira etapa do processo de dosimetria, pena-base resultante não poderá ser superior à hipótese de postergarmos esta valoração para a segunda etapa, que é hierarquicamente superior, sob pena de ferirmos o próprio sistema trifásico.

E para conseguirmos neutralizar qualquer possibilidade de erro durante o processo de cálculo da pena, na segunda fase devemos sempre atuar com o patamar ideal imaginário de 1/6 sobre o que for maior, pena-base ou intervalo de pena em abstrato, independente de se tratar de atenuante ou agravante, porque assim como devemos atenuar a pena ao máximo, também devemos agravar a pena no patamar máximo possível, em observância a proporcionalidade necessária durante o processo de dosimetria." (SCHMITT, Ricardo. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 9ª ed. - Salvador: Juspodvm, 2015. pp. 201-203)

Confirmam-se, ainda, os seguintes julgados de ambas as Turmas componentes da Terceira Seção:

"PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EVASÃO DE DIVISAS. DESCAMINHO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES. ACORDO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL. DESCAMINHO. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE ANTIJURIDICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. AUMENTO NA SEGUNDA FASE. PROPORCIONALIDADE. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALOR EVADIDO. EXASPERAÇÃO. VALIDADE. ART. 62, I E III, DO CÓDIGO PENAL.

FRAÇÃO DE AUMENTO. RAZOABILIDADE.

1. O acórdão embargado dirimiu, clara e fundamentadamente, a controvérsia, não tendo incorrido em nenhum vício que desse ensejo aos embargos de declaração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Na espécie, as provas que alicerçaram a condenação pela prática do crime de descaminho não são propriamente oriundas de quebra de sigilo fiscal, mas, sim, de compartilhamento de informações entre a Receita Federal e o Ministério Público Federal. A atuação desse órgão, portanto, limitou-se a "consignar divergências encontradas entre faturas comerciais entregues à autoridade aduaneira e o conteúdo dos contêineres, circunstância esta já conhecida do órgão acusatório".

3. O TRF da 4ª Região deixou explícito que as aludidas provas compartilhadas são resultado de requerimento de quebra de sigilo bancário promovido pela autoridade policial, via tratado de mútua assistência em matéria penal ("Mutual Legal Assistance Treaty - MLAT"), referente a vinte e cinco contas mantidas em bancos nos Estados Unidos, as quais "teriam recebido recursos provenientes das contas investigadas na agência do Banestado em Nova York".

4. A descrição típica do descaminho exige a realização de engodo para supressão (no todo ou em parte) do pagamento de direito ou imposto devido no momento da entrada, saída ou consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias.

5. O resultado necessário para a consumação do crime é a ausência do pagamento do imposto ou direito no momento do desembarço aduaneiro, quando exigível.

6. No caso dos autos, o fato de estarem os ora recorrentes resguardados, quando proferida a sentença, por liminar concedida nos autos do MS n. 2003.70.08.003532-5, com o fim de liberar as mercadorias, não tem o condão de afastar a antijuridicidade do fato tido como criminoso, uma vez que sua consumação foi anterior à concessão da medida de urgência - lembre-se, de natureza precária, e que tratou tão somente da cautelaridade da situação patrimonial da parte interessada, no sentido de que os custos de armazenagem e de retenção da mercadoria não se somassem. O decisum, a propósito, foi revertido em posterior julgamento do mérito pelo TRF da 4ª Região, pouco importando, para a configuração do delito, se depois da prolação da sentença.

7. Não se pode exigir do julgador um valor fixo, pré-definido, para o quantum de aumento na segunda fase. No caso, o critério adotado pela instância de origem mensurou de forma proporcional a circunstância judicial remanescente (consequências), diante da particularidade apresentada pelo caso concreto.

8. Em relação aos crimes de falsidade e descaminho, conquanto haja sido exasperada a pena-base um pouco acima do patamar de 1/8, entendo não haver majoração excessiva que implique violação do art. 59 do Código Penal.

9. Na espécie, o montante evadido evidencia maior reprovabilidade dos agentes pela conduta delituosa praticada, pois não há que se falar em ausência de risco excessivo ao sistema financeiro ou às reservas cambiais brasileiras, para avaliar o prejuízo causado ao sistema financeiro nacional.

10. O valor ilegalmente remetido ao exterior, US\$ 318.440,00, é suficiente para a elevação da pena-base acima do mínimo legal, pois revela a magnitude do esquema criminoso contra o sistema



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

financeiro nacional, que exigiu, para sua deflagração, o trabalho de complexa operação perpetrada pelas instituições envolvidas.

11. O patamar utilizado na segunda fase foi de, aproximadamente, 1/8 para cada agravante, inferior, portanto, ao coeficiente de 1/6 aceito como razoável e proporcional pela jurisprudência deste Tribunal Superior, bem como do Supremo Tribunal Federal. Não é muito lembrar, inclusive, que a fração eleita pode ter como base o intervalo da pena abstratamente cominada, em vez da pena-base concretamente aplicada, dada a possibilidade de o patamar aplicado na segunda fase suplantarem o da primeira (art. 59 do Código Penal), nos termos do sistema trifásico de dosimetria da pena, estabelecido no art. 68 do Código Penal.

12. A irresignação resume-se a mero inconformismo dos embargantes com o resultado do julgamento, desfavorável à sua pretensão, tenho que não existe nenhum fundamento que justifique a oposição destes embargos.

13. A decisão da lavra desta Sexta Turma, no multicitado HC n. 76.686/PR, dissocia-se da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, onde esta mesma 6ª Turma já teve oportunidade de decidir, por mais de uma vez, pela legalidade de sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas, mediante, por óbvio, devida motivação judicial.

14. Embargos de declaração rejeitados"

(EDcl no REsp 1497041/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016, grifou-se)

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. DOENÇA INCURÁVEL. LESÃO CORPORAL GRAVE. DEBILIDADE PERMANENTE. PTOSE PALPERAL. ATRIBUIÇÃO DE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DIVERSAS AOS FATOS VALORADOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONCURSO FORMAL DE CRIMES. CRIME ÚNICO. CONSEQUÊNCIA NECESSÁRIA. CONSUNÇÃO. POST FACTUM IMPUNÍVEL. VALORAÇÃO NEGATIVA NAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAIS GRAVE. DOSIMETRIA. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO DO PRECEITO SECUNDÁRIO. CONCURSO ENTRE AGRAVANTES E ATENUANTES. MENORIDADE RELATIVA. PREPONDERÂNCIA SOBRE AGRAVANTES DOS MOTIVOS DETERMINANTES. FRAÇÃO DE ATENUAÇÃO DA MENORIDADE REDUZIDA. CONFRONTO COM A MOTIVO TORPE. FRAÇÃO IDEAL DE 1/12. PARÂMETRO MERAMENTE INDICATIVO. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO DO CRIME LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA EX OFFICIO.

[...]

7. Na dosimetria da pena intermediária, deveras, conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entre as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação às decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência.

8. A aplicação de circunstâncias atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de 1/6 (um sexto) para o devido ajuste da pena na segunda fase. Entrementes, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância (CP, art. 67), aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á, contudo, com força de atuação reduzida, haja vista a inevitável força de resistência oriunda da circunstância em sentido contrário. Portanto, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de 1/12 (um doze avos) para valoração da atenuante ou agravante preponderante, ressalvada sempre a possibilidade de adequação ao caso concreto nessa estipulação. In concreto, a atenuante da menoridade relativa deve prevalecer de forma ordinária sobre a agravante do motivo torpe, sendo proporcional e equânime a atenuação de 1/12 (um doze avos) desse concurso.

9. As agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica.

[...]

11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o afastamento do crime de lesão corporal grave estrito e, em decorrência disso, fixar a pena definitiva em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

(HC 325.96 1/RJ, da minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016, grifou-se).

Na hipótese, portanto, a decisão proferida pelas instâncias antecedentes está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, haja vista que a fração de 1/6 incidiu sobre o intervalo da pena em abstrato por ser maior que a pena-base, em atenção sistema hierárquico da pena, estabelecido no art. 68 do Código Penal.

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

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se"(e-STJ, fls. 2.111-2.119)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0125821-9

AgRg no
HC 739.080 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50000827120218210123 50389314520218217000

EM MESA

JULGADO: 14/06/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: VALDECI OLIVEIRA DE VARGAS (PRESO)
CORRÉU	: GUSTAVO SOUZA DOS SANTOS MACHADO
CORRÉU	: JONATHAN SOUZA DA SILVA
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: VALDECI OLIVEIRA DE VARGAS (PRESO)
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.