



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 577512 - SP (2020/0099923-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : AIDILSON CONCEICAO LIMA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MAIRA FERREIRA DIAS - SP330196
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Na hipótese, foi considerado elemento concreto – a expressiva quantidade e variedade da droga apreendida – para agravar a reprimenda do delito de tráfico de drogas em 2 (dois) anos na primeira fase da dosimetria, evidenciando que o aresto objurgado está em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte. Precedentes.

3. Não se pode considerar ilegal a elevação da pena-base na espécie, especialmente em se considerando que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o juízo competente eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e a repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado no caso concreto, em que foi estabelecido um aumento proporcional.

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros "A Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 04 de agosto de 2020.

JORGE MUSSI
Relator

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 577.512 - SP (2020/0099923-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : AIDILSON CONCEICAO LIMA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MAIRA FERREIRA DIAS - SP330196
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por AIDILSON CONCEICAO LIMA contra decisão singular (e-STJ fls. 80-83) por meio da qual não se conheceu do *habeas corpus* por ser manifestamente incabível, assentando-se, ainda, a inexistência de constrangimento ilegal para fins de concessão da ordem de ofício.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido flagrado na posse de 52 (cinquenta e dois) tabletes de maconha, 47 (quarenta e sete) flaconetes de cocaína, 105 (cento e cinco) papelotes de cocaína e 33 (trinta e três) pedras de *crack* – e-STJ fls. 26-31 .

O Tribunal de origem deu provimento à apelação ministerial para redimensionar as reprimendas para 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença condenatória – e-STJ fls. 34-43.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a pena-base do crime de tráfico de drogas teria sido exasperada de forma desproporcional e sem amparo em fundamentação idônea.

Alega que a quantidade e a nocividade da droga apreendida são insuficientes para justificar a majoração da reprimenda básica e que o aumento em 1/5 (um quinto) mostra-se desproporcional no caso concreto.

Por decisão monocrática desta relatoria, não se conheceu do *habeas corpus*.

Nas razões do agravo regimental (e-STJ fls. 87-102), a defesa reitera a

Superior Tribunal de Justiça

argumentação do *habeas corpus* ao alegar que a quantidade de droga apreendida, por si só, não é argumento válido para justificar a majoração da sanção básica e que o aumento mostra-se desproporcional.

Pleiteia a reconsideração do *decisum* ou a submissão do pleito ao colegiado para que a ordem de *habeas corpus* seja concedida.

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 577.512 - SP (2020/0099923-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : AIDILSON CONCEICAO LIMA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MAIRA FERREIRA DIAS - SP330196
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Na hipótese, foi considerado elemento concreto – a expressiva quantidade e variedade da droga apreendida – para agravar a reprimenda do delito de tráfico de drogas em 2 (dois) anos na primeira fase da dosimetria, evidenciando que o aresto objurgado está em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte. Precedentes.

3. Não se pode considerar ilegal a elevação da pena-base na espécie, especialmente em se considerando que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o juízo competente eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e a repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado no caso concreto, em que foi estabelecido um aumento proporcional.

4. Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do agravo regimental, verifica-se que, no mérito, a irresignação não merece prosperar.

Tal como consignado no pronunciamento judicial objurgado, a via eleita para a impetração contra o ato apontado como coator é inadequada, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS. IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. AUSÊNCIA DO ESTADO DE FLAGRÂNCIA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. [...] HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 450.066/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe de 12/06/2018, grifei.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 432.365/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA

TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe de 15/06/2018; sem grifos no original.)

Ainda que superado o referido óbice, cumpre ressaltar que, conforme asseverado na decisão agravada, o pleito defensivo não pode ser atendido por não encontrar amparo na legislação nem na jurisprudência desta Corte.

No tocante à dosimetria da pena imposta ao paciente pela prática do delito de tráfico de drogas, extrai-se dos autos que o acórdão recorrido exasperou em 2 (dois) anos a sanção básica do réu nos seguintes termos, *ipsis litteris* (e-STJ fl. 41):

No primeiro momento, a pena-base foi fixada no mínimo legal, o que não pode ser mantido, uma vez que, como bem pugnado pelo Ministério Público em suas razões recursais, a elevada quantidade e variedade de drogas apreendidas, bem como a natureza de boa parte delas (cocaína e “crack”) impõe a exasperação da reprimenda de Adilson, o que se faz no patamar de 1/5 (um quinto), no segundo momento foi modicamente aumentada em 1/6 (um sexto), em razão da reincidência (fl. 71 tráfico), que, por ser específica, autorizava aumento mais expressivo, mas a matéria não foi objeto do recurso ministerial, enquanto no terceiro momento, à míngua de causas alteradoras, é tornada definitiva em 7 (sete) anos de reclusão.

Sabe-se que a aplicação da pena-base é o momento no qual o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de reprimenda a ser aplicada ao condenado, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente e de indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crimes previstos na Lei de Drogas, como ocorre na

espécie, o magistrado deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No caso dos autos, observa-se que o Tribunal de origem, atuando em consonância com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas, considerou a expressiva quantidade, a variedade e a natureza da droga apreendida (52 tabletes de maconha, 47 flaconetes de cocaína, 105 papelotes de cocaína e 33 pedras de crack) para elevar a reprimenda básica em 2 (dois) anos, entendimento que se encontra de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASES. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE INOMINADA DO ART. 66 O CP. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉUS QUE SE DEDICAM AO TRÁFICO DE DROGAS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PEDIDOS PREJUDICADOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. 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.

3. Nos termos 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.

4. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes apreendidos com cada um dos acusados para elevar proporcionalmente as sanções básicas, sendo o acréscimo de 1 ano e 6 meses de reclusão para LEANDRO - 125 pedras de crack (38,90g) e 27 eppendorfs de cocaína (48,1g) - e de 1 ano para JOSÉ ROBERTO - 35 papelotes de crack (13,80g) e 48 eppendorfs de cocaína (65,80g).

[...]

10. Habeas corpus não conhecido.

(HC 512.665/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe de 20/08/2019.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE.

1. O Tribunal de origem, a quem cabe a análise das questões fático-probatórias dos autos, reconheceu a existência de elementos de provas suficientes para embasar o decreto condenatório pela prática dos crimes de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico. Desse modo, não há dúvidas de que a mudança da conclusão alcançada no acórdão quanto à autoria e materialidade dos delitos exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, a teor do disposto nas Súmulas n. 7/STJ e 279/STF.

2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi fundamentada na valoração negativa das circunstâncias do crime e firmou-se em elementos concretos dos autos, quais sejam, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 131,4g (cento e trinta e um gramas e quatro decigramas) de cloridrato de cocaína -, elementos esses que justificam maior rigor na censura penal.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1229941/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe de 10/04/2019; sem grifos no original.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. [...] AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. No que diz respeito ao tráfico de entorpecentes, considerar-se-á na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade de substância ou produto, a personalidade e a

conduta social do agente (art. 42 da Lei n. 11.343/06). Assim, tem-se que o aumento da pena-base com fundamento na quantidade e diversidade das drogas apreendidas é devido, segundo entendimento desta Corte superior.

[...]

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1451789/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe de 04/10/2017; sem grifos no original.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. [...]. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

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

3. No caso, a razoável quantidade e a natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas constituem critérios idôneos para a exasperação, revelando-se razoável e proporcional o acréscimo de 6 meses sobre o mínimo legal.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 403.378/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe de 22/08/2017; sem grifos no original.)

Assim, não se pode considerar ilegal a elevação da pena-base na espécie, especialmente em se considerando que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o juízo competente eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e a repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado no caso concreto, em que, por tratar-se de delito com pena que varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, foi estabelecido um aumento proporcional.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0099923-1

**AgRg no
HC 577.512 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 15109026920198260228 20200000255069

EM MESA

JULGADO: 04/08/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MAIRA FERREIRA DIAS - SP330196
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AIDILSON CONCEICAO LIMA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 : AIDILSON CONCEICAO LIMA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MAIRA FERREIRA DIAS - SP330196
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.