



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 486.095 - MS (2018/0343727-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA
INTERLANDO - MS005372
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANTHONY DA SILVA FORTE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA (460Kg DE MACONHA). ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. *QUANTUM* DE INCREMENTO. DISCRICIONARIEDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Esta Corte possui o entendimento de que "a exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos" (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016).

Nessa toada, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 6/5/2015).

3. É certo que no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza dos entorpecentes, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal – CP, cabendo ao magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Na hipótese, não vislumbro o apontado constrangimento ilegal, tampouco desproporcionalidade no aumento da pena-base em 3 anos e 3 meses acima do mínimo legal, uma vez que as instâncias ordinárias pautaram-se na previsão do art. 42 da Lei n. 11.343/2006,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

notadamente, ponderaram a quantidade absolutamente exorbitante do material entorpecente apreendido, **460kg de maconha**, bem como na valoração negativa da culpabilidade do agente, a qual extrapolou os limites da normalidade, tendo o ora paciente cometido o crime enquanto cumpria pena por outro delito (roubo), sendo que no momento do crime estava, inclusive, utilizando tornozeleira eletrônica. Assim sendo, considerando o mínimo e máximo da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão, mostra-se razoável a referida majoração.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 11 de abril de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 486.095 - MS (2018/0343727-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA
INTERLANDO - MS005372
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANTHONY DA SILVA FORTE (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de ANTHONY DA SILVA FORTE, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, em que se deu parcial provimento ao recurso defensivo (Apelação n. 0013724-21.2017.8.24.0038) para redimensionar a pena definitiva pelos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, no art. 330, do Código Penal – CP, e no art. 309, do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, para 9 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, além de 8 meses e 17 dias de detenção e o pagamento de 1.058 dias-multa.

É esta a ementa do julgado:

EMENTA- APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA - DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS, DESOBEDIÊNCIA E DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO - PEDIDO DE REDUÇÃO DAS PENAS-BASES - CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA QUANTUM DE ELEVAÇÃO DE PENA MANTIDO - NEGADO - PLEITO DE COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO - PROVIDO - PRETENDIDO O ABRANDAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA - NEGADO - CABÍVEL A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Em relação às circunstâncias judiciais do arts. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei de Drogas, é cabível a manutenção da valoração das circunstâncias judiciais relativas à "culpabilidade", consequências do crime, "natureza e quantidade de droga", nos termos do art. 93, inc. IX, da CF/88.

II - Em relação ao quantum da exasperação, como se sabe, não existe um critério legal para a exasperação da pena-base, até porque essa dosagem está relacionada a fatos concretos relacionados à conduta criminosa e à pessoa do acusado. Prevalece que o julgador tem certa margem de discricionariedade para realizar a dosimetria da pena, desde que seja respeitado um critério proporcional e lógico, adequado ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX). O importante é evitar a arbitrariedade, a fim de que casos equivalentes não sejam tratados de forma desproporcional.

III - Conforme entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais², inclusive Superiores,³ a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, quando forem igualmente preponderantes, não havendo multirreincidência.

IV - Considerando a nova diretriz estabelecida pelo art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, como mais uma circunstância a ser analisada em conjunto com as do art. 59 do Código Penal, bem como em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vistas as considerações acima feitas, o regime fechado deverá ser mantido, como na sentença, cabendo ao juízo da Execução Penal analisar as hipóteses de progressão de regime, com observância dos requisitos legais para esse fim.

V - Cabível a concessão dos benefícios da assistência jurídica por ser hipossuficiente na forma da Lei Complementar 111/2005, posto que apelante encontra-se assistida pela Defensoria Pública Estadual

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - PLEITO CONDENATÓRIO PELO CRIME DE RECEPÇÃO- PEDIDO INTEMPESTIVO - RECURSO NÃO CONHECIDO.

Segundo entendimento pacífico da jurisprudência pátria, tratando-se de processo digital, o membro do Ministério Público considera-se intimado no momento em que os autos são integralmente disponibilizados no portal eletrônico da instituição (e-SAJ), e não com a posterior consulta dos autos pelo membro do MP."

No presente *mandamus*, pretende a Defensoria Pública, em sede liminar e no mérito, a revisão da sanção básica, posto fixada de forma desproporcional e carente de fundamentação idônea. Pondera que "esse Superior Tribunal de Justiça tem entendido como proporcional o parâmetro de aumento de 1/10 (um décimo) para cada circunstância judicial for considerada desfavorável nos crimes de tráfico (artigo 59 do CP + o artigo 42, da Lei nº 11.343/2006), fazendo incidir essa fração sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de tela (5 (cinco) anos - pena mínima -15 (quinze) anos - pena máxima = 10 (sete) anos)" (fl. 12/13), motivo pelo qual defende que "no caso dos autos, o quantum proporcional para o acréscimo à pena mínima cominada pelo tipo penal seria de apenas 1 (um) ano" (fl. 13). Acrescenta que a natureza da droga não pode prejudicar o ora paciente, na medida em que a maconha é a droga que possui o menor potencial lesivo.

Requer, em suma, no mérito, a redução da pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não houve pedido de medida liminar. Parecer ministerial de fls. 385/398 pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 486.095 - MS (2018/0343727-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração, a reforma na primeira fase da dosimetria.

No caso, o juiz sentenciante assim fundamentou a fixação da pena-base do crime de tráfico (fls. 187/189):

"[...]

3.1) Dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas.

1ª fase: Circunstâncias Judiciais

O art. 59 do CP estabelece 8 (oito) circunstâncias como critérios para fixação de pena. Essas circunstâncias estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro não apenas como critérios para fixação de pena, pois em algumas hipóteses elas se caracterizam como elementos do próprio delito ou são levadas em consideração pelo legislador quando da tipificação penal de uma determinada conduta.

Diante disso, ao realizar a dosimetria da pena, o magistrado deve observar a natureza e as características de uma dada circunstância no caso concreto, considerando-a exclusivamente enquanto critério de fixação de pena e não enquanto elemento do tipo ou fator de política criminal. Nesse contexto, importa registrar que a 1) culpabilidade enquanto critério de fixação de pena traduz-se na intensidade do dolo ou no grau da culpa com que agiu o réu, o que não se confunde com a culpabilidade enquanto elemento subjetivo do crime. Os 2) antecedentes do réu são as condenações criminais, com trânsito em julgado, que não caracterizam reincidência ou não podem ser consideradas para esse fim. A 3) conduta social do agente, enquanto critério de fixação de pena, é o comportamento do réu na comunidade, sua inserção no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, seu comportamento no ambiente em que esta inserido. A 4) personalidade do agente pode ser traduzida como o conjunto de características psicológicas e morais que individualizam a pessoa. Os 5) motivos do crime são as razões de ser da conduta bem como os objetivos a serem alcançados pelo agente de qualquer delito. As 6) conseqüências do crime são os danos decorrentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da conduta do agente que não sejam decorrentes do próprio tipo penal, ou seja, que se caracterizem como um "plus" que deriva do ato ilícito praticado, mas que não é próprio do tipo. As 7) circunstâncias do fato criminoso são os elementos que não fazem parte da estrutura do tipo penal. O 8) comportamento do ofendido traduz-se na identificação da contribuição da vítima para a ocorrência do fato delituoso.

Ocorre que, tratando-se de delito tipificado na Lei n. 11.343/2006, a fixação da pena base implica na observância não só do artigo 59 do CP, mas também nas disposições do art. 42 da referida lei, que assim estabelece: " 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."

Como o legislador não previu o quanto a pena base deve ser aumentada na hipótese de estarem presentes circunstâncias judiciais negativas, a doutrina sugere que, como se tratam de 8 (oito) circunstâncias judiciais, a pena base seja acrescida de 1/8 da variação entre pena mínima e pena máxima abstratamente prevista ao tipo penal em questão, a cada circunstância negativa identificada. Para o tráfico, o art. 33 da Lei de Drogas prevê abstratamente a pena de 5 a 15 anos e multa de 500 a 1.500 dias-multa. Assim, subtraindo da pena máxima a pena mínima encontramos a variação da pena (15 anos - 5 anos = 10 anos). Da mesma forma ocorre com a pena de multa (1.500 dias-multa - 500 dias-multa = 1000 dias-multa). Logo, para cada circunstância negativa deve ser acrescentado à pena mínima 1/8 de 10 anos e de 1000 dias-multa.

No presente caso, verifico a presença de pelo menos uma circunstância judicial negativa (art. 59, CP), qual seja, a culpabilidade. Conforme restou comprovado pelas testemunhas e pelo próprio acusado, o crime foi cometido enquanto o acusado cumpria pena por outro crime (roubo), sendo que no momento do crime estava, inclusive, utilizando tornozeleira eletrônica. É inegável que cometer outro crime no curso da execução da pena exacerba a culpabilidade do acusado porque em vez de utilizar a sua liberdade vigiada (tornozeleira eletrônica) para reconstruir a vida com trabalho digno, utilizou-se dela para reincidir na vida criminosa. Nesse contexto, denota-se que a culpabilidade do acusado extrapolou os limites da normalidade, pois ele tinha plena consciência que ainda estava cumprindo pena por outro processo e que não poderia utilizar da confiança que lhe foi concedida (cumprimento de pena mediante utilização de tornozeleira eletrônica) para praticar novos crimes, demonstrando total descaso com a justiça e com as leis pátrias. Assim, a pena base deve ser acrescida de 1/8 da pena intermediária (1 ano e 3 meses).

No que tange aos antecedentes, embora o acusado possua mais de uma condenação criminal na Comarca de Cuiabá/MT (autos nº 21360-23.2016.811.0042 e autos 500-40.2012.811.0042), apenas uma delas possui trânsito em julgado e, portanto, será valorada na segunda fase como reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além disso, a quantidade da droga apreendida é de grande monta para os meios empregados para a prática do crime, sobretudo porque a parte denunciada estava viajando sozinha, com um carro de passeio lotado de tabletes de droga que, juntos, pesavam 460 quilos de maconha.

A natureza da droga também justifica a fixação da pena base acima do mínimo legal, tendo em vista que a maconha é uma das drogas mais populares sobretudo entre adolescentes e jovens adultos -, de fácil comercialização e portanto de maior proliferação, em especial quando se trata de grande quantidade sendo transportada para capital do Estado vizinho.

Diante disso, em razão da culpabilidade desfavorável (circunstância do art. 59 do Código Penal) aumento a pena base em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão e 125 dias-multa e pelas circunstâncias preponderantes do artigo 42 da Lei de Drogas como desfavoráveis (quantidade de droga e natureza da droga), considero como razoável, proporcional e necessário para reprovação e prevenção do crime o aumento de mais 2 (dois) anos de reclusão e 200 dias-multa na pena mínima, fixando-se a pena-base em 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão e 825 (oitocentos e vinte e cinco) dias-multa."

Esta Corte possui o entendimento de que "a exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos" (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016).

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO MAJORADO. TESE DE NULIDADE DO FEITO EM RAZÃO DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS E DO INTERROGATÓRIO TEREM SIDO REALIZADOS POR VIDEOCONFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE. FUNDAMENTO CONCRETO. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TERCEIRA FASE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. IMPROCEDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. DUAS MAJORANTES. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Inexiste um critério puramente aritmético na primeira fase da dosimetria, cabendo ao julgador, a quem a lei confere certo grau de discricionariedade, sopesar cada circunstância judicial desfavorável à luz da proporcionalidade, consoante seu prudente arbítrio.

Ademais, o aumento de 1 ano não se mostra desarrazoado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou excessivo, sobretudo considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito imputado - art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal -, que prevê pena reclusiva de 4 a 10 anos.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reduzir as penas de Robson Pincer Anastacio a 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 10 dias-multa, de Renato Antonio da Silva a 5 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão e 12 dias-multa e de Francisco Earlys Alves de Paiva a 4 anos, 4 meses e 13 dias de reclusão, além de 8 dias-multa (HC 186.567/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 5/2/2016)

Outrossim, no que se refere à fração de aumento da pena-base, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento pela incidência das circunstâncias judiciais, cabendo ao julgador fixar a fração necessária dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

Nessa toada, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 6/5/2015).

No mesmo sentido, trago à colação os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. UMA VETORIAL NEGATIVA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO. NECESSIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (AgRg no AREsp n. 1.168.233/ES, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 16/11/2018). Para um aumento superior, é necessária fundamentação idônea, inexistente, no caso.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 469.650/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 7/3/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA, QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DISTINTOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONDUTA SOCIAL. NOVO DELITO PRATICADO DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA POR FATO ANTERIOR. NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO APTO AO AUMENTO DA PENA. QUANTIDADE ÍNFIMA. RAZOABILIDADE. OFENSA. PENA-BASE REDUZIDA, PROPORCIONALMENTE. QUANTUM DE INCREMENTO. FRAÇÃO DE 1/6 SOBRE O MÍNIMO LEGAL, PARA CADA VETORIAL DESFAVORECIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).

- O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

- Admite-se nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que ocorreu o delito, ainda que seja em recurso exclusivo da defesa, sem que ocorra reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do acusado, vale dizer, que não se aumente a sua pena final ou se lhe imponha um regime de cumprimento mais rigoroso.

- A jurisprudência desta Corte acerca do tema é firme no sentido de que condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes, na primeira fase, bem como para agravar a pena, na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as anotações sejam de fatos diversos, como no caso.

- O fato de o paciente haver cometido o novo delito enquanto cumpria pena que lhe fora fixada pela prática de crime anterior é circunstância que este Superior Tribunal de Justiça tem considerado idônea para motivar o incremento punitivo.

- Embora válido o fundamento utilizado para a exasperação da pena-base, qual seja, a nocividade das drogas apreendidas (cocaína e crack), a sua quantidade (0,62g e 0,03g - fls. 7/8) não justifica o afastamento da pena-base do piso legal.

- Assim, deve a ordem ser concedida, de ofício, para afastar a valoração negativa da vetorial da quantidade/natureza das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas apreendidas, reduzindo-se, proporcionalmente, a pena-base.

- *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena definitiva do paciente ao novo patamar de 8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 550 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 458.799/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/12/2018).*

De outra parte, é certo que no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza dos entorpecentes, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal – CP, cabendo ao magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. RECEPÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TEMAS NÃO ANALISADOS PELO TRIBUNAL A QUO. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL PELA FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. ARMAMENTO PESADO E EXPLOSIVOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL À GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

– *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 nos delitos de tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes.*

– *A fixação da pena-base em 10 anos para o delito de tráfico e 6 anos para o delito de associação para o tráfico foi fundamentada na grande quantidade de droga apreendida – 155,422 Kg (cento e cinquenta e cinco quilos, quatrocentos e vinte e dois gramas) de maconha, 2,096 Kg (dois quilos e noventa e seis gramas) de cocaína, sob a forma de crack e 18,085 Kg (dezoito quilos e oitenta e cinco gramas) de cocaína, além de petrechos para a produção da droga, bem como no fato de o paciente ser o chefe do grande esquema criminoso arquitetado, parâmetros que se apresentam proporcionais e razoáveis para o caso, tendo em vista a extrema gravidade concreta da conduta. Precedentes.*

– *No mesmo sentido, quanto ao delito de posse de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 e parágrafo único, III, da Lei 10.826/2003, nos termos dos precedentes desta Corte, a apreensão de grande quantidade de armas de grosso calibre, bem como de munições,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coletes balísticos e vinte e nove explosivos utilizados para demolição de pedreiras são elementos suficientes para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

– Habeas corpus *não conhecido* (HC 295.814/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/8/2017).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. NECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA PENAL NO TRÁFICO DE DROGAS. ART. 42 DA LEI 11.343/06. PREPONDERÂNCIA SOBRE O ART. 59 DO CP. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A desconstituição do entendimento firmado pelo Tribunal de piso diante de suposta contrariedade a lei federal, buscando o o redimensionamento da pena, não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias – soberanas no exame do conjunto fático-probatório –, e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ.

2. Cuidando-se de crime previsto na novel Lei de Drogas, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, 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.º 11.343/06.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 356.693/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 21/5/2014).

Na hipótese, não vislumbro o apontado constrangimento ilegal, tampouco desproporcionalidade no aumento da pena-base em 3 anos e 3 meses acima do mínimo legal, uma vez que as instâncias ordinárias pautaram-se na previsão do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, notadamente, ponderaram a quantidade absolutamente exorbitante do material entorpecente apreendido, **460kg de maconha**, bem como na valoração negativa da culpabilidade do agente, a qual extrapolou os limites da normalidade, tendo o ora paciente cometido o crime enquanto cumpria pena por outro delito (roubo), sendo que no momento do crime estava, inclusive, utilizando tornozeleira eletrônica. Assim sendo, considerando o mínimo e máximo da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão, mostra-se razoável a referida majoração.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 537,757 KG DE MACONHA. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE FIRMADA NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE TRAFICADO, QUAL SEJA, MAIS DE MEIA TONELADA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS AFASTA A INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. INDEVIDA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL. SÚMULA 211/STJ.

1. A violação de preceitos, de dispositivos ou de princípios constitucionais revela-se quaestio afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso especial nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

2. As instâncias de origem majoraram a pena-base do agravante (10 anos) de forma adequada, isto é, entre outros aspectos, levaram em consideração a elevada quantidade de entorpecente traficado, ou seja, mais de meia tonelada de maconha, bem como a circunstância da operação criminosa.

[...]

6. Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no AREsp 1105176/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 26/9/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. 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.

2. 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.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a natureza e a expressiva quantidade de drogas apreendidas (3.151,3g de maconha e 863,3g de crack) para fixar a pena-base em 3 anos de reclusão acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional, sobretudo quando as penas mínima e máxima para o delito de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus não conhecido* (HC 411.754/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 31/10/2017).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0343727-0

HC 486.095 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006420420188120043 082018000830218 6420420188120043 82018000830218

EM MESA

JULGADO: 11/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA INTERLANDO -
MS005372
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANTHONY DA SILVA FORTE (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 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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.