



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 827369 - SP (2023/0185933-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : TATIANA MENDES SIMÕES SOARES - SP280839
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO GUSTAVO SOUZA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DA GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS (335,21G DE MACONHA E 3,33G DE COCAÍNA). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INIDONEIDADE DO FUNDAMENTO. NECESSIDADE DE REDIMENSIONAR A REPRIMENDA. REGIME FECHADO FIXADO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão que negou provimento ao recurso de apelação da defesa e deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público, redimensionando a pena para 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 815 dias-multa, pela prática de tráfico de drogas.
2. O impetrante alega constrangimento ilegal na dosimetria da pena, questionando a exasperação da pena-base e a aplicação da reincidência.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a exasperação da pena-base e a aplicação da reincidência foram devidamente fundamentadas, e se há possibilidade de fixação de regime prisional mais brando.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A jurisprudência do STJ não admite habeas corpus como substitutivo de recurso, salvo em casos de flagrante ilegalidade.
5. A exasperação da pena com base na quantidade e natureza das drogas (335,21g de maconha e 3,33g de cocaína) deve ser fundamentada de forma concreta, respeitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.
6. De acordo com a jurisprudência do STJ, embora o réu tenha

uma condenação anterior pelo mesmo crime, isso não implica uma maior reprovação de sua conduta. A reforma da Parte Geral do Código Penal eliminou a distinção entre os efeitos da reincidência genérica e específica, tornando inadmissível que o aplicador da lei faça tal distinção, sob pena de violar os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

7. Considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência do condenado, não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado.

IV. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR A FRAÇÃO DE 1/6 PARA A REINCIDÊNCIA E REDUZIR A PENA PARA 7 ANOS, 11 MESES E 8 DIAS DE RECLUSÃO, MAIS 793 DIAS-MULTA, MANTIDO O REGIME INICIAL FECHADO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 24 de outubro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 827369 - SP (2023/0185933-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : TATIANA MENDES SIMÕES SOARES - SP280839
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO GUSTAVO SOUZA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DA GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS (335,21G DE MACONHA E 3,33G DE COCAÍNA). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INIDONEIDADE DO FUNDAMENTO. NECESSIDADE DE REDIMENSIONAR A REPRIMENDA. REGIME FECHADO FIXADO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão que negou provimento ao recurso de apelação da defesa e deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público, redimensionando a pena para 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 815 dias-multa, pela prática de tráfico de drogas.
2. O impetrante alega constrangimento ilegal na dosimetria da pena, questionando a exasperação da pena-base e a aplicação da reincidência.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a exasperação da pena-base e a aplicação da reincidência foram devidamente fundamentadas, e se há possibilidade de fixação de regime prisional mais brando.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A jurisprudência do STJ não admite habeas corpus como substitutivo de recurso, salvo em casos de flagrante ilegalidade.
5. A exasperação da pena com base na quantidade e natureza das drogas (335,21g de maconha e 3,33g de cocaína) deve ser fundamentada de forma concreta, respeitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.
6. De acordo com a jurisprudência do STJ, embora o réu tenha

uma condenação anterior pelo mesmo crime, isso não implica uma maior reprovação de sua conduta. A reforma da Parte Geral do Código Penal eliminou a distinção entre os efeitos da reincidência genérica e específica, tornando inadmissível que o aplicador da lei faça tal distinção, sob pena de violar os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

7. Considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência do condenado, não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado.

IV. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR A FRAÇÃO DE 1/6 PARA A REINCIDÊNCIA E REDUZIR A PENA PARA 7 ANOS, 11 MESES E 8 DIAS DE RECLUSÃO, MAIS 793 DIAS-MULTA, MANTIDO O REGIME INICIAL FECHADO.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o último relatório contido nos autos.

O paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 583 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c o art. 40, VI, da Lei 11.343/06. O acórdão agora impugnado negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa e deu parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público a fim de redimensionar a pena para 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 815 dias-multa, mantida a condenação nos demais termos (e-STJ, fls. 23/31).

O impetrante alega, no presente habeas corpus, a existência de constrangimento ilegal, consistente na a) desnecessidade do aumento da pena-base, haja vista que a natureza da droga, em conjunto com a quantidade apreendida, não justifica a exasperação; b) "muito embora o art. 42 da Lei 11.343/2006, estabeleça como critério para dosagem da pena a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos, é impossível a aplicação de tal norma, na medida em que é difícil avaliar qual a quantidade e quais variedades de drogas seriam suficientes para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo estabelecido em lei" (e-STJ fl. 4); c) "na segunda fase, de rigor seja reestabelecida a sentença que operou um aumento no patamar de 1/6 em razão da reincidência" (e-STJ fl. 5); d) possibilidade

de fixação de regime prisional mais brando em favor do paciente; e e) "a reincidência, por si só, não constitui motivação idônea que justifique a não aplicação do art. 33, § 2º, alínea 'c', do Código Penal no que diz respeito à fixação do regime de cumprimento de pena" (e-STJ fl. 5).

Requer a concessão da ordem para que seja a pena-base fixada no mínimo legal, o aumento da reincidência seja limitado a 1/6 e seja fixado regime diverso do fechado.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 73/77 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, sendo possível a concessão da ordem de ofício.

"Diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça passou a acompanhar a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser inadmissível o emprego do writ como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade" (HC n. 602.425/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 10/3/2021, DJe de 6/4/2021.)

O entendimento é de elevada importância, porquanto deve-se utilizá-lo para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

Inviável, portanto, o conhecimento do *writ* em análise, porquanto manejado como substitutivo de revisão criminal.

A pena do paciente foi assim fixada (e-STJ, fls. 29/31):

[...]

Passa-se a análise da dosimetria da pena.

Na primeira etapa, o magistrado fixou a pena base no mínimo legal, qual seja, 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Neste ponto, nos termos pleiteados pelo órgão ministerial, entendo que reparo merece ser feito.

Nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas possível a exasperação da reprimenda em razão da quantidade e natureza de entorpecente apreendido, tendo em vista que estes são um dos elementos relacionados às circunstâncias e consequências do crime, os quais acarretarão incremento da reprimenda, à medida que representarem um perigo mais elevado à saúde pública.

No caso dos autos, tendo em vista a natureza e a quantidade de drogas apreendidas (160 porções de “Cannabis sativa”, com peso total de 335,21g, e 04 porções de cocaína, com peso líquido de 3,33g), de rigor a exasperação da reprimenda em 1/6, totalizando 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.

Na segunda etapa, presente a agravante da reincidência e, sendo esta específica, mais uma vez de rigor o provimento do apelo ministerial, majorando-se a reprimenda em 1/5, resultando em 07 anos e pagamento de 699 dias-multa.

Na terceira fase, em face da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de drogas, a reprimenda foi majorada em um sexto, perfazendo, em razão da readequação perpetrada, o total de 08 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 815 dias-multa, tornando-se definitiva.

Apesar do pleito defensivo, entendo que agiu bem o juiz sentenciante ao entender que o acusado não pode ser beneficiado pela aplicação do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, já que reincidente.

Como se sabe, o artigo em comento trata da figura do “traficante privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, no qual estabelece a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Assim, tendo em vista a reincidência do acusado, não há que se falar na aplicação do referido redutor.

No que tange ao regime inicial, tendo em vista que o crime de tráfico de drogas é delito etiquetado como hediondo, demandando maior repressão e reprovação, tratando-se de verdadeiro flagelo da sociedade moderna, merece ser mantido o regime fechado para início do cumprimento da reprimenda.

No que diz respeito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, tem-se que a reprimenda imposta impede a substituição da carcerária por restritivas de direitos, na medida em que tal benesse se mostra incompatível com o delito de tráfico de entorpecentes, crime de natureza grave, flagelo mundial, que vem causando intranquilidade à população ordeira.

Ainda que assim não fosse, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos no art. 44 do Código Penal.

Na presente hipótese, referida substituição só estimularia a prática do delito por ausência de punição adequada, não sendo, portanto, medida socialmente recomendável, a substituição da pena privativa de liberdade aos condenados que se dedicam ao comércio ilícito de drogas, destacando-se, ainda, que a quantidade de pena aplicada, per si, impede a concessão da benesse.

Diante do exposto, nega-se provimento ao apelo defensivo e dá-se parcial provimento ao apelo ministerial, readequando-se a reprimenda imposta ao réu para fixa-la em 08 anos e 02 meses de reclusão, em

regime inicial fechado, e pagamento de 815 dias-multa, no mínimo legal, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Considero que os elementos apresentados pelas instâncias ordinárias são idôneos e se encontram de acordo com a jurisprudência desta Corte de Justiça, de forma que inexistente o constrangimento ilegal na fixação da pena-base e do regime inicial.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. TRANSPORTE DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS ENTRE ESTADOS. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA (MAIS DE 300KG DE MACONHA). MAUS ANTECEDENTES. PROPORCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. 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, cabendo ao magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. Por outro lado, quanto à fração de aumento da pena-base, no silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram dois critérios de incremento da pena-base, por cada circunstância judicial valorada negativamente, sendo o primeiro de 1/6 (um sexto) da mínima estipulada e outro de 1/8 (um oitavo), a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, ressalvadas as hipóteses em que haja fundamentação idônea e bastante que justifique aumento superior às frações acima mencionadas. Além disso, cabe ao Juiz a discricionariedade de aplicar a pena de acordo com o art. 59 do Código Penal.

Vê-se que a Corte estadual manteve a pena imposta pelo Magistrado sentenciante, todavia, para majoração da pena-base considerou as vetoriais negativas dos antecedentes, das circunstâncias do crime e da grande quantidade de droga apreendida, mantendo a fixação da pena-base em 9 anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa para o crime de tráfico de drogas e de 5 anos de reclusão e 720 (setecentos e vinte) dias-multa para o crime de associação para o tráfico. Considerando o concurso material entre os delitos, a reprimenda restou fixada em 14 anos de reclusão e 1.320 (um mil trezentos e vinte) dias-multa.

In casu, a quantidade e natureza de drogas apreendidas - mais de 300kg de maconha, bem como as circunstâncias do delito apontadas, onde as drogas estavam sendo transportadas entre os estados e Pernambuco e Paraíba, escondidas entre cargas de melões, além dos maus antecedentes reconhecidos pelas instâncias ordinárias, são fundamentos idôneos para a exasperação das penas-base no patamar aplicado e mantido pela Corte estadual, em razão de três circunstâncias negativas, devidamente justificadas, sobretudo considerando que o art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos a cada uma das circunstâncias judiciais a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas

cominadas ao delito, de modo que não há impedimento a 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. Precedentes.

2. Verifica-se a existência de reformatio in pejus quando, em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal promove o agravamento da situação do acusado. Na hipótese, a pena do agravante restou mantida pela Corte estadual, não havendo se falar em agravamento da pena.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 846.549/PB, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 9/9/2024, DJe de 11/9/2024.)

Ressalto que é uníssona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “[a] individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade” (AgRg no REsp n. 2.118.260/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024).

A revisão da dosimetria somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (AgRg no REsp n. 2.042.325/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023).

Quanto ao tema, destaca-se que “[a] legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco em razão de circunstância agravante ou atenuante, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” (EDcl no HC n. 908.566/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024).

No entanto, de acordo com a jurisprudência do STJ, embora o réu tenha uma condenação anterior pelo mesmo crime, isso não implica uma maior reprovação de sua conduta. A reforma da Parte Geral do Código Penal eliminou a distinção entre os efeitos da reincidência genérica e específica, tornando inadmissível que o aplicador da lei faça tal distinção, sob pena de violar os princípios da legalidade e da proporcionalidade. Nesse sentido: AgRg no AREsp n. 2.330.480/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 26/5/2023; AgRg no HC n. 757.209/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em

6/3/2023, DJe de 14/3/2023.

Desse modo, a fração relativa à agravante deve retornar ao patamar de 1/6. Com isso, a pena definitiva é fixada em 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, mais o pagamento de 793 dias-multa, mantido o regime inicial fechado diante da reincidência.

Dessa forma, **não conheço** do habeas corpus, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar a fração de 1/6 para a reincidência e, ao final, reduzir a pena ao patamar de 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, mais o pagamento de 793 dias-multa, mantido o regime inicial fechado diante da reincidência.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0185933-3

HC 827.369 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012939120188260319 12939120188260319 45382017

EM MESA

JULGADO: 22/10/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TATIANA MENDES SIMÕES SOARES - SP280839
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO GUSTAVO SOUZA DA SILVA (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

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.