



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 908834 - ES (2024/0146819-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MATEUS FERREIRA DOS REIS CARDOSO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PESSOAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DA VARIEDADE E QUANTIDADE APREENDIDAS. REANÁLISE DE PROVAS. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CRITÉRIO IDÔNEOS E SUFICIENTES PARA EXASPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA

I. Caso em exame

1. Habeas corpus impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas, com pedido de desclassificação para uso pessoal e readequação da dosimetria da pena. O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo manteve a condenação e a dosimetria da pena, considerando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas.

II. Questão em discussão

3. A questão em discussão consiste em saber se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou de posse para consumo próprio, bem como sobre a análise da proporcionalidade na fixação da pena-base, considerando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas.

III. Razões de decidir

5. A jurisprudência não admite habeas corpus como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

6. 3. A quantidade de drogas apreendidas — 54 pinos de cocaína, 12 pedras de crack, 18 cigarros e 42 buchas de maconha, e 05 papalotes e 08 pinos de haxixe — é incompatível com o consumo pessoal, especialmente considerando a circunstâncias da prisão em flagrante.

7. A desclassificação para uso pessoal demandaria reanálise

fático-probatória, inviável na via do habeas corpus.

8. Fundamentada a valoração gravosa das circunstâncias do crime, com aumento de 2 anos acima do mínimo legal - fração em 2/5 -, na variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos, não se mostra desarrazoada ou desproporcional essa fundamentação. Precedentes.

No caso, a exasperação da pena-base do paciente em 2/5 (fixada em 7 anos de reclusão) fundou-se na natureza e quantidade de substância entorpecente apreendida. O fundamento utilizado para promover o incremento da pena do paciente é, de fato, motivação idônea para o quantum de exasperação operado, uma vez que, na espécie, a variedade e quantidade de drogas desborda em muito do ordinário do tipo e revela expressividade suficiente a recomendar o aumento em fração superior ao prudencialmente recomendado de 1/6. Precedentes.

8. A dosimetria da pena foi considerada adequada, com base na quantidade e natureza das drogas, não havendo ilegalidade flagrante.

IV. Dispositivo

9. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 14 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 908834 - ES (2024/0146819-0)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MATEUS FERREIRA DOS REIS CARDOSO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PESSOAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DA VARIEDADE E QUANTIDADE APREENDIDAS. REANÁLISE DE PROVAS. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CRITÉRIO IDÔNEOS E SUFICIENTES PARA EXASPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA

I. Caso em exame

1. Habeas corpus impetrado em favor de paciente condenado por tráfico de drogas, com pedido de desclassificação para uso pessoal e readequação da dosimetria da pena. O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo manteve a condenação e a dosimetria da pena, considerando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas.

II. Questão em discussão

3. A questão em discussão consiste em saber se a conduta do paciente se amolda ao tipo penal de tráfico de drogas ou de posse para consumo próprio, bem como sobre a análise da proporcionalidade na fixação da pena-base, considerando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas.

III. Razões de decidir

5. A jurisprudência não admite habeas corpus como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

6. 3. A quantidade de drogas apreendidas — 54 pinos de cocaína, 12 pedras de crack, 18 cigarros e 42 buchas de maconha, e 05 papalotes e 08 pinos de haxixe — é incompatível com o consumo pessoal, especialmente considerando a circunstâncias da prisão em flagrante.

7. A desclassificação para uso pessoal demandaria reanálise

fático-probatória, inviável na via do habeas corpus.

8. Fundamentada a valoração gravosa das circunstâncias do crime, com aumento de 2 anos acima do mínimo legal - fração em 2/5 -, na variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos, não se mostra desarrazoada ou desproporcional essa fundamentação. Precedentes.

No caso, a exasperação da pena-base do paciente em 2/5 (fixada em 7 anos de reclusão) fundou-se na natureza e quantidade de substância entorpecente apreendida. O fundamento utilizado para promover o incremento da pena do paciente é, de fato, motivação idônea para o quantum de exasperação operado, uma vez que, na espécie, a variedade e quantidade de drogas desborda em muito do ordinário do tipo e revela expressividade suficiente a recomendar o aumento em fração superior ao prudencialmente recomendado de 1/6. Precedentes.

8. A dosimetria da pena foi considerada adequada, com base na quantidade e natureza das drogas, não havendo ilegalidade flagrante.

IV. Dispositivo

9. Ordem não conhecida.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MATEUS FERREIRA DOS REIS CARDOSO em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (Apelação criminal n. 0004640-09.2022.8.08.0024).

O paciente foi condenado à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Irresignada a defesa interpões recurso de apelação, o qual foi desprovido nos termos de acórdão assim ementado (e-STJ, fls.16):

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO, POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA. DESPROVIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE BEM DELINEADAS. VALOR PROBANTE DAS DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS. PRECEDENTE. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. ART. 42 DA LEI 11.343/06. PREPONDERÂNCIA. PRESENÇA DE ELEMENTO IDÔNEO. MANUTENÇÃO DO PATAMAR FIXADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Materialidade e autoria restaram comprovadas pelo boletim de ocorrência, auto de apreensão, laudo definitivo, e prova oral colhida, em especial, a narrativa dos policiais militares, responsáveis pela

prisão em flagrante, que possuem especial valor probante. Precedente do STJ..

2. A fixação da pena-base é questão afeta ao livre convencimento do Juiz, passível de revisão somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização.

3. O Magistrado sentenciante, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, que preponderam sobre as circunstâncias do art. 59, caput, do Código Penal, considerou a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, para exasperar a pena-base em 02 (dois) anos, quantum que não se mostra não se mostra desarrazoado, tampouco desproporcional.

4. Sentença integralmente mantida. RECURSO DESPROVIDO.

A defesa alega, em síntese, a tipificação inadequada dos fatos tidos por delituosos, bem como desproporcionalidade na fixação da pena-base.

Requer a concessão da ordem para obter a desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para uso pessoal e, subsidiariamente, a readequação da dosimetria com a diminuição do patamar de aumento relativo à natureza e à quantidade de drogas apreendidas (e-STJ, fls. 11; 14/15).

As informações foram prestada (e-STJ. fls. 48/67 e 68/77).

Parecer do ministério público Federal pela concessão parcial da ordem para alterar a fração de exasperação da pena-base para a mínima de 1/6 (um sexto). (e-STJ, fls. 81/86.

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

*"O **habeas corpus** não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*

(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de

habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

*"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)*

(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado 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.

A concessão de ofício da ordem, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade, o que ora passo a analisar.

O Tribunal de origem assim se manifestou acerca do pleito de desclassificação (e-STJ fls. 18/19):

O Tribunal de origem assim se manifestou acerca do pleito de desclassificação (e-STJ fls. 16/17):

Alternativamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal (fls. 56/63).

Acerca dos fatos, colhe-se dos autos que, na noite de 07/06/2022, policiais militares em patrulhamento preventivo, na entrada do Morro Jaburu, nesta capital, avistaram um grupo, que aparentava estar na posse de armas de fogo, drogas e rádios comunicadores.

Ao avistar a guarnição, os suspeitos empreenderam fuga.

Durante a perseguição, os policiais militares visualizaram o ora apelante, MATEUS FERREIRA DOS REIS CARDOSO, dispensando 01 (uma) sacola, que continha 54 (cinquenta e quatro) pinos de cocaína, 12 (doze) pedras de crack, 18 (dezoito) cigarros e 42 (quarenta e duas) buchas de maconha, e 05 (cinco) papelotes e 08 (oito) pinos de haxixe.

Passo a apreciar as teses recursais.

Quanto ao pedido de absolvição, não vejo como prover o recurso, uma vez que a materialidade delitiva foi comprovada pelo auto de apreensão (fls. 12/13 do IP), auto de constatação provisório de natureza e quantidade de drogas (fl. 15 do IP), boletim unificado nº 48014251 (fls. 32/36 do IP), e laudo químico toxicológico (fl. 09).

A autoria também restou fartamente demonstrada, em especial, pelo teor das declarações dos policiais militares, Josias Fabri Filho, e Gilcimar Monteiro dos Santos, indicando que, o ora recorrente, estava em local conhecido pelo intenso tráfico de drogas, e, ao avistar a guarnição, empreendeu fuga, dispensando 01 (uma) sacola, que continha maconha, haxixe, cocaína e crack (fls. 05/08, e mídia de fl. 41).

Não há provas no sentido de que os milicianos almejassem deturpar a verdade, ou incriminar pessoa inocente.

Outrossim, nos termos da orientação jurisprudencial firmada no C. STJ, o depoimento dos policiais, prestado em Juízo, constitui meio de prova idôneo, a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente dúvida, sobre a imparcialidade dos agentes (STJ. AgRg nos E Dcl no AR Esp n. 2.215.865/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/3/2023, D Je de 17/3/2023).

Nessa medida, não prospera a tese absolutória.

A controvérsia posta em julgamento é se a conduta pela qual o paciente foi condenado é realmente típica de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) ou se amolda-se ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

Antes de adentrar na discussão posta, esclareço que ela não implica revolvimento fático-probatório, pois não se está a discutir aqui se o fato histórico narrado na denúncia e pelo qual o paciente foi condenado existiu ou não.

Vale dizer, a pergunta colocada não é se o paciente estava ou não em posse da droga ou se as substâncias foram ou não encontradas em sua residência (essas, sim, discussões que demandariam nova avaliação das provas produzidas nos autos).

A pergunta colocada é se o fato narrado na denúncia, que incontestavelmente aconteceu, se amolda ao tipo penal do tráfico de drogas ou, na realidade, se amolda ao tipo penal da posse para consumo próprio, o que exige somente o necessário esforço interpretativo da norma penal e o juízo de subsunção dessa norma a tais fatos, já provados.

Essa Corte já entendeu pela possibilidade de analisar a desclassificação quando o caso exigia somente a "reavaliação de fatos incontroversos", como é a hipótese em questão. Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA**

DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (Lei n. 6.368/1976).

2. Na espécie em julgamento, não constam dos autos elementos mínimos capazes de embasar a condenação por tráfico de drogas, haja vista a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida com o acusado, bem como a ausência de provas concretas sobre a traficância.

3. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória. O caso em análise, diversamente, requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória. Depende, ademais, da definição, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias de origem para condenar o réu pela prática do crime de tráfico de drogas, vis-à-vis os elementos (subjetivos e objetivos) do tipo penal respectivo.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.415.399/AL, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 19/2/2024).

Passo assim à análise da controvérsia.

Da leitura dos tipos penais em questão, é possível observar que ambos criminalizam as condutas de "ter em depósito e trazer consigo" drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A diferença entre elas está na destinação que o portador da droga pretende conferir a ela. Isso porque o tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 criminaliza tais condutas quando o indivíduo tiver por objetivo o "consumo pessoal". Já o art. 33 da mesma Lei não exige especial destinação.

O §2º do art. 28 ainda apresenta os parâmetros para se definir se a destinação da droga era para consumo próprio ou não, que são: (i) natureza da droga; (ii) quantidade da substância; (iii) local e as condições em que se desenvolveu a ação; (iv) as circunstâncias sociais e pessoais e (v) conduta e antecedentes.

Nesse sentido, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal houve por bem firmar a seguinte tese: "Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito" (Tema

No presente feito, em relação à tentativa de desclassificação para posse de droga para consumo pessoal, o acórdão destacou que a quantidade das drogas apreendidas - 54 pinos de cocaína, 12 pedras de crack, 18 cigarros e 42 buchas de maconha, e 05 papalotes e 08 pinos de haxixe (e-STJ fl. 18) - são incompatíveis com a destinação para uso pessoal, evidenciando, ao contrário, a prática de tráfico, especialmente diante do contexto dos fatos, haja vista que o réu, em local conhecido como de traficância, ao visualizar a guarnição, empreendeu fuga, dispensando uma sacola que continha os entorpecentes.

Assim, para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, seria imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório, o que impede a atuação excepcional desta Corte, sobretudo na estreita via do habeas corpus. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO CONFIGURADA.

I - O Superior Tribunal de Justiça não admite a impetração de habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes.

II - Havendo ilegalidade flagrante ou coação ilegal, concede-se a ordem a ordem de ofício.

III - No presente caso, a Corte de origem concluiu pela impossibilidade de desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, com fulcro nas circunstâncias concretas do delito, uma vez que o agravante foi visualizado pelos policiais enquanto entregava cocaína a um terceiro, em atividade típica de traficância, em notória biqueira, desfazendo-se de 9 (nove) porções com a aproximação dos agentes policiais, elementos aptos a ensejar a conclusão pelo dolo da mercancia, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IV - O rito do habeas corpus não admite o revolvimento de matéria fático-probatória, de modo que não há que se falar em desconstituição da conclusão bem exarada pelo Tribunal local.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 929.295/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 10/9/2024, DJe de 17/9/2024.)

No que se refere à dosimetria da pena, colhe-se do acórdão da apelação (e-STJ fls. 19/20):

Sobre a pena-base, o Magistrado sentenciante, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas¹, que preponderam sobre as circunstâncias do art. 59, caput, do Código Penal², considerou a quantidade, e a natureza dos entorpecentes apreendidos (54 pinos de cocaína, 12 pedras de crack, 18 cigarros e 42 buchas de maconha, e 05 papalotes

e 08 pinos de haxixe), para exasperar a pena-base, que fixou em 07 (sete) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa.

O quantum de majoração adotado não se mostra desarrazoado, tampouco desproporcional, especialmente quando considerado o largo intervalo existente entre as penas, mínima e máxima, aplicáveis ao delito (05 a 15 anos de reclusão), bem como, a natureza e quantidade das drogas apreendidas, e ainda, o tratamento dado à matéria, no âmbito do c. STJ.

Rememoro que a aplicação da pena-base no mínimo legal, só é possível, quando todas as circunstâncias são favoráveis ao réu, o que não ocorreu, no caso em debate.

Por fim, acerca das consequências do crime, o Magistrado consignou serem “próprias da norma penal”, sendo tal vetor considerado neutro, ao contrário do que sustentou a defesa.

Tudo considerado, tenho que não há reparos, a serem realizados, na sentença.

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.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CRITÉRIOS IDÔNEOS E SUFICIENTES PARA A EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EVIDENCIAM A HABITUALIDADE NA TRAFICÂNCIA. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE CONCRETA, NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006.

- No caso, a exasperação da pena-base do paciente em 2/5 (fixada em 7 anos de reclusão) fundou-se na natureza e quantidade de substância entorpecente apreendida - (01 invólucro com 237,20g de cocaína; 10, 61g da mesma substância em 52 eppendorfs; e 48 porções e 10 invólucros com cocaína na forma de crack pesando, respectivamente, 4,98g e 40,19g), bem como a apreensão de 1.000 eppendorfs vazios, 144 embalagens plásticas, 27,98g de pó branco, balança digital, colher e peneira, estas com resquícios de cocaína (e-STJ fls. 29/30). O fundamento utilizado para promover o incremento da pena do paciente é, de fato, motivação idônea para o quantum de exasperação operado, uma vez que, na espécie, a variedade e quantidade de drogas desborda em muito do ordinário do tipo e revela expressividade suficiente a recomendar o aumento em fração superior ao prudencialmente recomendado de 1/6. Precedentes.

3. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos:

a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

4. No caso, a incidência da minorante do tráfico privilegiado foi denegada porque as instâncias ordinárias reconheceram expressamente que o paciente se dedica a atividade criminosa, tendo em vista não apenas a variedade e a quantidade de droga apreendida, mas, também, as circunstâncias do caso concreto, notadamente o afirmado no sentido de que conforme os firmes relatos dos policiais militares, já era de conhecimento que o acusado praticava o comércio ilícitos de drogas, visto que usuários de entorpecentes já o delataram (e-STJ fl. 66), além da circunstância de ter sido apreendido em sua residência apetrechos para o tráfico, como balança de precisão, facas, pó branco para misturar com a cocaína (e-STJ fl. 43) - sendo pouco crível, portanto, que ele se tratasse de um traficante eventual. Ademais, desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

5. Quanto ao regime prisional, apesar de o montante da pena privativa de liberdade (5 anos e 10 meses de reclusão) admitir, em tese, a fixação do regime semiaberto, tem-se que o Tribunal a quo apresentou fundamentação concreta e idônea a legitimar o agravamento do regime prisional inicial em um patamar, diante da especial gravidade em concreto do crime e reprovabilidade da conduta, que justificou inclusive a majoração da pena-base em 2/5 em razão da diversidade e quantidade de substância entorpecente apreendida, o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou, ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Mantido o quantum da pena do acusado em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos exatos termos do artigo 44 do Código Penal.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 850.190/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 18/9/2023.)

Ressalto que é uníssona a jurisprudência deste 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).

Dessa forma, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0146819-0

HC 908.834 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00046400920228080024 46400920228080024

EM MESA

JULGADO: 12/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MATEUS FERREIRA DOS REIS CARDOSO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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