HABEAS CORPUS Nº 472.146 - RS (2018/0258266-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	ADRIANO RODRIGUES SILVEIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ADRIANO RODRIGUES SILVEIRA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na Apelação n. 70077718054.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal, a 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, sendo concedido o direito de recorrer em liberdade.

Insatisfeitos, apelaram a defesa e o Ministério Público. Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado deu parcial provimento ao recurso ministerial, para redefinir a pena total do réu, fixando-a em 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Segundo o *habeas corpus*, o paciente sofreria constrangimento ilegal, tendo em vista que a pena-base do delito de tráfico de entorpecentes foi exacerbada pelo exame negativo das vetoriais dos antecedentes e das circunstâncias do crime sem fundamentação idônea.

Argumenta que a vetorial circunstâncias foi valorada negativamente no cálculo da pena-base com a justificativa baseada no caráter altamente lesivo da droga apreendida, bem como sua quantidade.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 315-316).

Em parecer (e-STJ fls. 321-322), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus.*

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, não sendo cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos e ações cabíveis, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Nesse sentido:

> *PROCESSO PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA. JÚRI. ALEGAÇÃO DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO ANTES DE INTIMAR A DEFENSORIA PÚBLICA PARA ATUAR NOS AUTOS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO*

> *DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.*
> *[...]*
> *6. Habeas corpus não conhecido. (HC 348.475/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017)*

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

A dosimetria da pena é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal da sanção a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Sendo 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.

Aliás, nos termos de entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a revisão da dosimetria da pena na via estreita do *habeas corpus* é admissível apenas diante de ilegalidade manifesta.

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre no caso sob análise, sabe-se que o juiz, na fixação da pena, deve considerar, 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."*

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 repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie, em que inclusive, foi estabelecido um aumento proporcional.

Neste caso a grande quantidade de droga apreendida – seis tijolos de maconha, totalizando 716,80 gramas; cento e vinte uma pedras e fragmentos de *crack*, pesando 257,85 gramas; onze buchas de cocaína, pesando 63,75 gramas; um tijolo de haxixe, pesando 7,63 gramas (e-STJ fl. 300) – justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Nesse norte:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO*

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. OFENSA AOS ARTS. 59 DO CP E 42 DA LEI Nº 11.343/2006. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACÓRDÃO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. INVIABILIDADE. I) RÉUS INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ. II) REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º E § 3º, DO CP. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PRETENSÃO EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. OFENSA AO ART. 617 DO CPP. I) INOVAÇÃO RECURSAL. II) REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte Superior de Justiça tem entendido que "No 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" (HC 301.872/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/03/2017). Súmula 568/STJ.

In casu, não se verifica desproporcionalidade em razão do incremento da pena-base em apenas 02 anos e 06 meses acima do mínimo legal, com fundamento na natureza e grande quantidade da droga (15.913g de cocaína - fl. 834) , mas tão somente um exercício de discricionariedade vinculada, o que é autorizado ao magistrado sentenciante, no momento da confecção da dosimetria da pena, não havendo nada de ilegal quanto a tal proceder.

(...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1328838/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA ASSOCIAÇÃO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. APONTADA ILEGALIDADE NA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E ASSOCIAÇÃO DE GRANDE PORTE, LIGADA A CONHECIDA FACÇÃO CRIMINOSA. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. QUANTUM PROPORCIONAL. PONDERAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES E AGRAVAMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. ILEGALIDADE INEXISTENTE. CRIME PRATICADO DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA

> *EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DE AUMENTO. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO, NÃO OBSTANTE A AFIRMAÇÃO DO JUÍZO SENTENCIANTE NO SENTIDO DE QUE INCIDIRIA EM 1/3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *(...)*
> *4. A quantidade e natureza dos entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes*
> *5. Hipótese em que o paciente possui maus antecedentes, sendo uma das condenações definitivas destacada para a segunda fase da dosimetria, além de integrar associação de grande vulto, a qual é ligada à conhecida facção criminosa Primeiro Comando da Capital - PCC, revelando-se justificada a exasperação da pena-base em 1/3.*
> *(...)*
> *10. Habeas corpus não conhecido.* (HC 417.296/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018)

Com relação à fração utilizada pelo Tribunal de origem para o aumento da pena-base, é cediço que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias sob o manto de violação à proporcionalidade somente é possível na via eleita em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante orientação pacificada neste Superior Tribunal, o que não ocorreu no caso.

Verifica-se que o *quantum* de aumento, considerando-se que as penas mínima e máxima abstratamente cominadas para o tipo do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 são estabelecidas entre 5 e 15 anos de reclusão, não é desporporcional. O aumento da pena-base foi estabelecido em 6 (seis) meses acima do mínimo legal.

É certo que a lei não estabelece fração a ser observada pelo Magistrado sentenciante no momento de elevar a reprimenda básica, exigindo-se apenas que haja motivação concreta sobre cada uma das circunstâncias judiciais utilizadas para exacerbar a sanção, como ocorreu no caso.

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 das frações de 1/6 (um sexto) ou 1/8 (um oitavo) para cada fator desfavorável, exceto quando houver fundamentação concreta que justifique o aumento em patamar superior. Observa-se que, no caso, o aumento de 6 (seis) meses devido à circunstância negativa foi inferior a 1/8.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. PRESENÇA DE QUATRO CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. A**UMENTO DA PENA-BASE PROPORCIONAL.** REINCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA RECIDIVA. PENA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]
2. 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.
3. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o bis in idem. Assim, considerando a existência de quatro condenações transitadas em julgado, que não restaram sopesadas na segunda etapa do procedimento dosimétrico, não se vislumbra, no ponto, flagrante ilegalidade.
4. Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. ***Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.*** *No caso dos autos, considerando a presença de quatro títulos condenatórios a serem valorados na primeira fase da dosimetria, a fixação da pena-base em 5 anos e 4 meses de reclusão não se revela desproporcional, devendo, portanto, ser mantida.*
[...]
7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.
(HC 415.675/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018 - Grifos acrescidos)

Diante do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, por se afigurar manifestamente incabível, **não conheço** do *habeas corpus.*

Publique-se e intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator