

HABEAS CORPUS Nº 506.435 - SC (2019/0117328-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RENATA MOURA TUPINAMBÁ - RJ196895
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUIZ FABIANI MANSKE BORDIN (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial e com pedido de liminar impetrado em favor de **LUIZ FABIANI MANSKE BORDIN**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão em regime inicial fechado.

Inconformada, a defesa interpôs apelação no Tribunal de origem, que lhe negou provimento nos termos da seguinte ementa:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR. DIVERGÊNCIA SOBRE O PONTO DE APREENSÃO DA DROGA EM RELAÇÃO À DESCRITA NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO.

- Não há falar em ofensa ao princípio da correlação quando, não obstante se apure na fase instrutória que o entorpecente encontrava-se em local diverso daquele descrito, o material foi apreendido no mesmo contexto fático.

MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO PROVIMENTO. PROVA HÁBIL A EVIDENCIAR QUE O MATERIAL ENTORPECENTE APREENDIDO DESTINAVA-SE À VENDA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006.

- Não prospera o pleito absolutório referente ao crime de tráfico de drogas, bem como ao de desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/2006, quando promovida a apreensão de material entorpecente, em quantidade capaz de atender significativo grupo de usuários (15g de crack), e presente prova oral harmônica a evidenciar a destinação do estupefaciente, inclusive parcialmente corroborada em confissão.

DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. CRIME COMETIDO DURANTE O PERÍODO DE CUMPRIMENTO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR. CABÍVEL O INCREMENTO DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA BASE. NATUREZA DO ENTORPECENTE (CRACK). PREVISÃO NO ART. 42 DA LEI 11.343/2006. MANTIDA. EXCLUSÃO DAS AGRAVANTES POR NÃO ESTAREM CAPITULADAS NA DENÚNCIA. NÃO CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 385

DO CPP. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA. AGRAVANTE DEVIDAMENTE COMPROVADA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E RETRATAÇÃO NA FASE JUDICIAL. ELEMENTO NÃO VALORADO NA SENTENÇA.

- O agente que pratica crime enquanto cumpria pena em regime aberto denota máximo desrespeito inclusive à Justiça, o que justifica a manutenção do incremento da pena- base em relação à conduta social.
- Possível a majoração da pena-base em razão da natureza do entorpecente (art. 42 da Lei 11.343/2006).
- De acordo com a redação do art. 385 do CPP, nos crimes de ação pública, o juiz pode reconhecer agravantes mesmo quando não tenham sido alegadas.
- A circunstância agravante da reincidência não deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea quando esta última não influir de maneira decisiva para a condenação, inclusive porque, de acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e por esta Corte, a reincidência prepondera sobre a confissão espontânea (CP, art. 67).
- Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento parcial do recurso.
- Recurso conhecido e desprovido" (e-STJ, fl. 281-282).

Neste *writ*, a Defensoria Pública Estadual aponta constrangimento ilegal consistente: na ausência de correlação entre os fatos narrados na denúncia e os reconhecidos na sentença; na dupla valoração da reincidência para exasperar a pena, configurando *bis in idem*; na majoração da pena em razão da nocividade e quantidade de droga apreendida, pois a nocividade é inerente ao tipo e a quantidade é ínfima (cerca 15g); e, por fim, na não compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência.

Requer, em liminar, a suspensão dos efeitos da condenação e, no mérito, a anulação da decisão combatida ou, subsidiariamente, a nulidade da fundamentação e readequação do regime ao semiaberto.

O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 334-336).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 338-391), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 395-404).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça 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.

Preliminarmente, busca-se com a presente ordem o reconhecimento da nulidade da condenação por ausência de correlação entre a sentença e os fatos descritos na denúncia.

Veja-se a peça exordial da ação penal:

"Segundo consta do incluso Auto de Prisão em Flagrante no dia 2 de dezembro de 2016, por volta da 18h30min, os policiais civis e militares cumpriram mandado de busca e apreensão na residência do denunciado LUIZ FABIANI MANSKE BORDIN, local onde lograram êxito em encontrar e apreender 1 (uma) porção de substância conhecida como 'crack', com peso aproximado de 15 g (quinze gramas), embalada em plástico transparente, uma balança de precisão, cor prata, um rolo de papel transparente da marca Royalpack utilizado para embalar o entorpecente, além de R\$ 410,00 (quatrocentos e dez reais) em espécie, provenientes da venda de entorpecente, tudo conforme descrito no Termo de Apreensão de fls. 42/43.

As substâncias apreendidas foram submetidas a exame pericial preliminar (vide fl. 45), que se constatou tratar, aparentemente, da droga conhecida como crack, que possui em sua composição substâncias capazes de causar dependência física e psíquica, de uso proscrito em todo o território nacional, por força da Portaria n. 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/MS e subseqüentes alterações" (e-STJ, fls. 94-95).

O Juízo sentenciante afastou a alegação de que as provas produzidas não guardavam correlação com a denúncia sob o seguinte fundamento:

"[...]

Ademais, a propalada ausência de correlação entre a denúncia e a prova angariada e, por conseguinte, com eventual condenação tampouco merece ser admitida, já que a discrepância entre o local de apreensão da droga – se dentro da residência do acusado ou na rua, quando ele buscou dispensá-la – não retira a correspondência entre a imputação acusatória e a prática delitiva reconhecida.

[...]

Outrossim, embora a denúncia tenha narrado em seu relato inicial que todos os objetos vinculados ao tráfico – balança, rolo plástico, dinheiro e droga – tenham sido localizados no local de cumprimento do mandado de busca e apreensão domiciliar, a exordial, mesmo assim, claramente imputou ao acusado a venda de entorpecentes.

A uma, porque expressamente mencionou que o valor apreendido era oriundo da venda de drogas.

A duas, porque consignou que os relatos dos usuários ratificavam que eles adquiriam as com o acusado, em sua residência.

Consequentemente, firmado o nexu etiológico entre o acusado e a droga apreendida e havendo a atribuição de venda de crack e de aquisição por usuários, não há cogitar que a imputação tenha ficado restrita à guarda residencial de entorpecentes destinados à mercancia, como sugere a tese defensiva" (e-STJ, fls. 181-182, grifou-se).

O Tribunal de origem refutou a tese de ofensa ao princípio da correlação nos seguintes termos:

"[...]

Pois bem, antes de realizar o confronto entre a exordial acusatória e a decisão, pertinente lembrar, que de acordo com o princípio da correlação, também denominado princípio da congruência ou da adstrição, a sentença deve encontrar relação com os fatos narrados na peça exordial da acusação, especialmente porque o acusado se defende dos fatos lá descritos, para que se possa garantir o devido contraditório e a ampla defesa.

[...]

Ao analisar a descrição contida na denúncia, bem como as provas que serão posteriormente exploradas, não é possível chegar a conclusão diversa manifestada no édito condenatório proferido em primeiro grau. Mantido o verbo nuclear do tipo sobre o qual a conduta delituosa foi descrita (ter em depósito), bem como realizada a apreensão do material entorpecente no mesmo contexto, não há falar em ofensa ao princípio da correlação.

[...]

Aliás, o próprio apelante, ao ser ouvido sob o crivo do contraditório, assumiu que mantinha a posse do produto estupefaciente – composto por 15 g de crack (fl. 45 – mídia de fl. 160) – e que o teria entregue para o usuário Marcos, prova que tão somente confirma a narrativa vertida na peça exordial, ou seja, a transferência da droga para o carro de Marcos, local em que foi encontrada, e elucida a suposta divergência probatória apontada pela defesa.

Destarte, rechaça-se a prefacial" (e-STJ, fls. 286-288).

Nesse contexto, não se cogita de ofensa ao princípio da correlação, pois a denúncia descreveu perfeitamente conduta que se amolda ao tipo previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 não havendo falar em guarda de entorpecentes conforme pleiteia a defesa, sendo que as circunstâncias acerca do local exato da apreensão e outros detalhes de pormenor importância não tem o condão de desconstituir o decreto condenatório.

Nesse sentido, confira o seguinte precedente:

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSIÇÃO DE LIDERANÇA NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não há violação do princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória, pois a denúncia imputou as condutas de tráfico de entorpecentes na modalidade adquirir e fornecer, além da associação para o tráfico, destacando sua posição de liderança dentro do esquema criminoso.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a figura delitiva prevista no art. 36 da Lei de Drogas só se aplica ao agente que não se envolve nas condutas de traficância, nem é autor ou partícipe, emergindo da moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias a prática do delito previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, VII, ambos daquele diploma legal, embora não aplicada a causa de aumento.

Precedente.

3. A posição de liderança exercida por agente pertencente ao núcleo de organização criminosa, assim como a grande quantidade de droga apreendida - 5.260g de cocaína -, justificam a exasperação da pena basilar com esteio na culpabilidade e nas circunstâncias do crime, respectivamente. Precedentes.

4. Agravo interno improvido." (AgInt no HC 425.868/AC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 03/06/2019).

Superada a preliminar, passa-se à análise das demais questões arguidas pela impetrante.

O Juiz sentenciante, ao promover o cálculo das penas, exasperou a reprimenda em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, da natureza e da quantidade da droga apreendida, bem como da reincidência, nestes termos:

"Da análise do parâmetros do art. 59 do Código Penal, tenho que a culpabilidade, compreendida como o maior grau de reprovabilidade da conduta, não se mostra acentuada. O acusado possui condenação anterior por tráfico, mas será utilizada na fase seguinte. A conduta social, retratada pelo comportamento na sociedade, não inspira elevação da pena. Não há elementos técnicos suficientes para apurar sua personalidade. Os motivos e as consequências não refogem à normalidade, apesar de reprováveis. As circunstâncias do delito, no entanto, são dignas de censura, uma vez que o réu praticou novo crime enquanto desfrutava do benefício concedido em sede de execução penal, já que foi deferida a progressão para o regime aberto meses antes (fl. 147). Nesse sentido, vide HC 357044/DF, Ministro Nefi Cordeiro, j. 06/10/2016. Por fim, não há falar em comportamento da vítima.

Observadas, por sua vez, as circunstâncias preponderante do art. 42 da Lei de Drogas, tenho que a natureza da droga (crack) e a quantidade (cerca de 15 gramas) justificam a exasperação da reprimenda, seja em razão da nocividade do referido entorpecente, que debilita sobremaneira seus usuários, seja em razão o volume apreendido, que poderia servir para fornecer expressiva quantidade de porções aos consumidores à procura da droga.

Com isso, fixo a pena-base em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa.

Presente a agravante da reincidência, pois o réu foi definitivamente condenado por tráfico de drogas em 29/5/2013 (fl. 143). Milita em favor dele, por sua vez, a confissão operada na fase indiciária, ainda que retratada em juízo.

Não ignoro o entendimento de que uma e outra circunstâncias seriam igualmente preponderantes, a autorizar a compensação entre si. Contudo, no caso concreto, tenho que, por ser a reincidência específica e por ter sido a confissão inicial retratada em juízo, a agravante deve prevalecer.

Dessa forma, sopesado o parâmetro de 1/6 comumente utilizado, bem como a compensação parcial pela atenuante admitida, elevo a

reprimenda em 10 (dez) meses de reclusão, ficando inalterada a pena de multa.

Por fim, inexistem causas de especial aumento ou diminuição a serem reconhecidas, até porque o acusado é reincidente na prática do crime de tráfico de drogas, fato que inviabiliza por completo o cabimento da benesse prevista no art.

33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

A pena, portanto, resulta definitiva em 7 anos e 6 meses de reclusão, além de 666 dias-multa." (e-STJ, fls. 182-183.)

Por sua vez, o Tribunal de origem manteve a pena aplicada ao paciente sob os seguintes fundamentos:

"[...]

É cediço que, para fixar a pena-base, o Juiz *a quo*, por se encontrar mais próximo dos fatos, deve levar em conta a reprovabilidade da conduta do agente, atentando para a intensidade do dolo, seus antecedentes criminais, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

As hipóteses referidas, presentes no art. 59 do Código Penal, são conhecidas como judiciais porque dependem da valoração do julgador. Nesse dispositivo encontram-se os limites do poder discricionário concedido ao magistrado para a determinação qualitativa e quantitativa da pena.

O universo existente entre a pena mínima e a máxima prevista no tipo penal aliado à análise das circunstâncias judiciais permitem ao Magistrado o estabelecimento da pena-base no patamar que seja suficiente aos objetivos da penalização do infrator, de modo que não existe norma que o obrigue a permanecer sempre próximo do mínimo, salvo excesso não fundamentado.

Considerando essas balizas apresentadas, verifica-se que, no caso, a pena foi valorada negativamente pela prática delitiva durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, decorrente de condenação anterior também pelo cometimento do crime de tráfico de drogas e associação, ainda em execução nos autos 0002866-62.2013.8.24.0072.

Com efeito, vale acrescentar que a progressão para o meio aberto foi concedida em 28-6-2016 e a prisão em flagrante pelo crime ora tratado ocorreu em 2-12-2016.

Tal circunstância, para fins de avaliar a intensidade dolosa do agente, é mais que suficiente para reconhecer a maior reprovabilidade.

Convém reiterar que o apelante cumpria pena em regime aberto pela prática de tráfico de drogas e, nessa condição, cometeu o mesmo delito tratado neste processo após seis meses da obtenção de sua.

Ou seja, utilizou da confiança nele depositada pelo Estado e praticou novo delito da mesma espécie, quebrando, assim, a credibilidade que até então possuía. O comportamento ora tratado, portanto, é digno de maior repreensão.

Nota-se que para exasperar a pena-base utilizou-se como

fundamentação tão somente o fato de o apelante ter cometido novo delito enquanto cumpria pena em regime aberto, afastando qualquer razão que remetesse aos antecedentes ou à reincidência, esta que, adequadamente, foi utilizada na segunda fase do cálculo dosimétrico como agravante, nos moldes da previsão dos artigos 61, inciso I, e 63, ambos do Código Penal, impedindo, portanto, a incidência de *bis in idem*.

Ora, o crime cometido durante o cumprimento de pena independe da reincidência do apelante, haja vista que seria completamente possível que um agente primário, em execução provisória da reprimenda, fosse agraciado com eventual benefício que lhe ensejasse soltura e cometesse, em liberdade, novo delito, o que seria tão reprovável quanto o caso em tela, mesmo que ausente a reincidência.

Veja-se que a negatificação da circunstância, assim analisada, tem respaldo nos próprios elementos que compõem tal vetor. O grau de reprovabilidade da conduta é passível de valoração quando constatado que o agente, ainda sob relativa tutela e fiscalização do Estado, faz 'pouco caso' do próprio sistema criminal, da condenação anterior e dos regimes pelos quais passou até obter a liberdade mediante a progressão.

A situação destoa, portanto, da que se encontra o agente que cumpre regularmente a pena e obtém a sua extinção, no entanto, torna a cometer nova infração dentro do prazo depurador de 5 (cinco) anos a que alude o art. 64, I, do Código Penal.

Essa distinção conduz à conclusão de que não há falar em *bis in idem*.

[...]

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso e mantém-se a pena tal como aplicada pelo "Togado de origem" (e-STJ, fls. 294-298, grifou-se).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Com efeito, ao contrário do que afirma a impetrante, as instâncias ordinárias não valoraram os antecedentes criminais na pena-base, mas apenas a culpabilidade, em razão da prática do crime de tráfico de entorpecentes ter ocorrido enquanto o réu cumpria pena.

A culpabilidade, para fins do art. 59 do Código Penal, deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito.

As instâncias ordinárias sopesaram negativamente a culpabilidade pelo fato de ter o paciente cometido o crime enquanto cumpria pena em regime aberto pela prática de idêntico delito anterior. Trata-se, indubitavelmente, de circunstância que

indica maior reprovabilidade da conduta, porquanto atesta a total imunidade de réu ao caráter preventivo individual negativo da pena, bem como a violação do compromisso assumido por ocasião do gozo do regime aberto, o que denota sua falta de senso de responsabilidade e a manutenção de sua postura.

Nesse sentido, vejamos estes julgados:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE.

CRIME PRATICADO DURANTE CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME ABERTO. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO PATRIMONIAL, ABANDONO DE CLIENTELA E TRANSFERÊNCIA DE ENDEREÇO. ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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

II - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, 'o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de *habeas corpus*, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita' (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - *In casu*, o aumento da pena-base encontra-se devidamente justificado na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - culpabilidade, antecedentes, circunstâncias e consequências do crime -, valoradas negativamente com base em elementos concretos, o que denota maior reprovabilidade da conduta.

IV - *In casu*, o fato do paciente ter praticado o delito enquanto cumpria pena em regime aberto por outro crime aumenta a reprovabilidade de sua conduta, pois infringiu a confiança nele depositada pelo Estado, razão pela qual se mostra devida a valoração negativa da culpabilidade. Precedentes.

V - O prejuízo patrimonial suportado pela vítima foi além do simples valor do objeto furtado, pois segundo consignado no v. acórdão combatido, a vítima gastou recursos para reparar os estragos no imóvel provocados pelo paciente na empreitada criminosa. Ademais, foi noticiada a perda de receita decorrente da dissolução de alguns contratos e a necessidade de transferência do escritório da vítima

para outra localidade após a ação delituosa, restando fundamentada em elementos concretos a valoração negativa das consequências do crime.

Habeas Corpus não conhecido." (HC 356.381/SC, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 18/10/2016, DJe 28/10/2016, grifou-se.)

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (30 KG DE MACONHA). EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias ostentam idoneidade para agravar a pena-base mediante a valoração negativa da culpabilidade e circunstâncias do crime.

2. **O fato de o delito ter sido cometido logo após o agravante deixar o presídio demonstra um maior grau de reprovabilidade da conduta, não se confundindo esse fundamento com o reconhecimento dos maus antecedentes e da reincidência, inexistindo o alegado *bis in idem*.**

3. A quantidade da droga é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e, ao contrário do que o recorrente sustenta, não houve dupla utilização desse fundamento para exasperar a pena-base e vedar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que o afastamento desta se deu em razão da reincidência verificada.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 843.364/MS, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. 2/6/2016, DJe 16/6/2016, grifou-se.)

Ademais, tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

No caso, observa-se que o Tribunal de origem, com fundamento o art. 42 da Lei de Drogas, manteve a elevação da pena-base em razão da aferição desfavorável da quantidade e da natureza da droga (15g de *crack*).

Tendo sido indicados elementos válidos para a majoração da reprimenda básica, uma vez que altamente nociva a substâncias apreendida, não se identifica a alegada contrariedade do art. 59 do CP, sobretudo quando tais circunstâncias foram elencadas legalmente como preponderantes, e as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos de reclusão.

Confirmam-se alguns julgados que respaldam esse entendimento:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. ARTS. 33 E 35, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MODIFICAÇÃO QUE IMPLICA REEXAME

DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1005975/AM, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 4/5/2017, DJe 17/5/2017.)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODULAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIVERSIDADE DA DROGA. BIS IN IDEM NÃO VERIFICADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a expressiva quantidade das drogas apreendidas - 21 porções de maconha (374,80g), 65 microtubos plásticos de cocaína (52,72g), 11 invólucros de crack (30,54g) e 94 invólucros de crack (720,74g), para fixar a pena-base em 2 anos acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 365.463/MG, de minha relatoria, QUINTA TURMA, j. 8/8/2017, DJe 30/8/2017).

No que concerne ao pedido de reconhecimento da atenuante prevista no

art. 65, III, "d", do Código Penal, observa-se que o acórdão impugnado está em consonância com a jurisprudência desta Corte e não merece reparo.

O benefício foi negado ao paciente por ter ele assumido em juízo tão somente a posse da droga para consumo próprio, e não, propriamente o tráfico de entorpecente.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento reiterado de que a confissão espontânea do agente, sentenciado por tráfico de entorpecentes, de ser mero usuário não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

A propósito, vejamos estes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO, ALEGANDO SER MERO USUÁRIO. PLEITO DE COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREJUDICIALIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. A aplicação da atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu admita a prática do crime que lhe é imputado, contribuindo, assim, com o deslinde da persecução criminal. Na espécie, o Tribunal de origem destacou que o paciente negou a prática delitiva em juízo, alegando que teria comprado o entorpecente apenas para consumo e não para a mercancia, razão pela qual não deve incidir, na espécie, a referida atenuante.

2. Ante o não acolhimento do pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, resta prejudicado o pleito de compensação da agravante da reincidência com a referida atenuante.

3. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 373.054/SP, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 7/3/2017, DJe 4/5/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA. TRANSPORTADOR DE DROGAS. MULA. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ART. 65, III, 'D', DO CÓDIGO PENAL - CP. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE QUE NÃO SE APLICA PARA CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS QUE RECONHECE APENAS O USO DE DROGAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de prova, que a ré, presa enquanto praticava o transporte internacional de drogas, integrava organização criminosa, sendo inviável afastar tal constatação, em razão do vedado revolvimento fático-probatório, conforme Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

2. A confissão espontânea pela prática de uso de drogas não enseja a aplicação da referida atenuante se o réu foi condenado por tráfico de

drogas, conforme jurisprudência desta Corte.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AgRg no AREsp 1.053.604/AC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 1º/6/2017, DJe 9/6/2017).

Aliás, esse entendimento está consolidado no teor da Súmula STJ n. 630, *in verbis*: "a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio".

Ante a manutenção da reprimenda em 7 anos e 6 meses de reclusão, fica prejudicado o pleito de abrandamento do regime de cumprimento da pena face a reincidência e circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator