

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 461.102 - SP (2018/0186124-1)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : ARTUR APARECIDO DA SILVA LYRA**  
**OUTRO NOME : ARTHUR APARECIDO DA SILVA LYRA**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 1/23) impetrado em benefício de ARTHUR APARECIDO DA SILVA LYRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Processo Criminal n. 0008087-57.2012.8.26.0637 - fls. 63/81 e 83/97).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou o ora paciente à pena de **12 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, além de 1800 dias-multa, no valor unitário mínimo legal**, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006 c.c. 69, do Código Penal (fls. 28/60).

Irresignadas, a Defesa e a Acusação interpuseram, cada uma, apelação criminal, na Corte estadual, que **negou provimento** ao recurso defensivo e **deu parcial provimento** ao recurso ministerial, para reconhecer a causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, e, em consequência, majorar a pena do ora paciente ao patamar de **10 anos de reclusão e 1000 dias-multa, à razão mínima ao dia-multa**, no tocante ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, e de **6 anos de reclusão e 1400 dias-multa, à razão mínima ao dia-multa**, quanto ao crime de associação para fins de tráfico. Transcreve-se, a seguir, a ementa do julgado:

*"APELAÇÃO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO - MATÉRIA PRELIMINAR - AUSÊNCIA DE NULIDADE - R. SENTENÇA DEVIDAMENTE MOTIVADA - MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA - MÉRITO AUTORIA E MATERIALIDADE*

# Superior Tribunal de Justiça

*DEMONSTRADAS CARACTERIZADA A CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI 11.343/06, EM RELAÇÃO A PARTE DOS CO-RÉUS RECURSOS DEFENSIVOS IMPROVIDOS E RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO." (fl. 67).*

Na sequência, foram opostos embargos de declaração defensivos, os quais resultaram **rejeitados**, conforme a ementa abaixo:

*"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE - MESMO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO O ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ESTÁ SUBORDINADO AO ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS DE ADMISSIBILIDADE. INDEVIDO CARÁTER INFRINGENTE. EMBARGOS REJEITADOS." (fl. 84).*

No presente *mandamus*, a impetrante alega que a **natureza da droga** apreendida não autoriza qualquer **aumento da pena-base** do delito previsto no art. 33, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que se cuida de uma única espécie de entorpecente, que não ostenta maior poder lesivo, a maconha. Aduz, assim, ser de rigor a aplicação da pena-base pelo mencionado delito no mínimo abstratamente cominado, ou, que seja readequado o patamar de incremento punitivo à fração prudencialmente recomendada de 1/6 sobre o mínimo legal.

Sustenta que, tendo o paciente sido condenado pela prática do delito tipificado no art. 35, da Lei de Drogas, a consideração da sua **participação na associação criminosa**, na forma de atuação direta no transporte da droga, também para aumento da pena-base do delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas, implica inadmissível *bis in idem*. Afirmar, então, que se impõe a recondução da pena-base pelo referido crime ao mínimo, ou, quando muito, a readequação da fração de aumento para 1/6.

Ressalta que houve a utilização dos mesmos elementos que foram empregados para **aumentar a pena-base** imposta pela infração ao disposto no art. 33, da Lei de Drogas, também para aumentar em metade a pena-base imposta ao delito tipificado no art. 35, do mesmo diploma, em manifesta ofensa à vedação ao *bis in idem*.

# Superior Tribunal de Justiça

Pondera que a **participação na associação criminosa** é elementar do crime tipificado no art. 35, da Lei n. 11.343/2006, de modo que não pode ser utilizada, ainda que sob o fundamento de que houve **envolvimento direto do paciente no transporte da droga**, para fundamentar a **majoração da pena-base do delito de associação para o tráfico**. Assevera que, no caso *sub judice*, participar no transporte da droga não significou mais do que a forma concreta em que o paciente integrou a associação criminosa, de modo que qualquer aumento da pena-base a esse título é injustificável, devendo, em caráter subsidiário, ao menos haver o ajuste do patamar de elevação da reprimenda para a fração de 1/6 sobre o mínimo legal.

Aponta que o acórdão impugnado reconheceu a incidência da causa de aumento de pena tipificada no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, majorando a pena do paciente em 1/3, sem, contudo, apresentar qualquer **justificativa para o quantum de exasperação**.

Ao final, requer seja a ordem concedida para i) reconduzir as penas-bases do paciente, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, da Lei n. 11.343/2006, ao mínimo legal, ou, subsidiariamente, reduzir o patamar de aumento para 1/6 sobre o mínimo legal e; ii) reduzir o aumento da reprimenda decorrente da aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, para o mínimo de 1/6.

A instância *a quo* prestou informações, às fls. 131/132, das quais se extrai que, com o trânsito em julgado da ação penal que tramitou na origem, o ora paciente ingressou com ação de revisão criminal (Processo n. 0039554-49.2017.8.26.0000). Em consulta ao sítio eletrônico do TJ/SP, observou-se que a referida revisão criminal já foi julgada, resultando **indeferida**, conforme a ementa abaixo:

**REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - AÇÃO REVISIONAL QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO EM QUAISQUER DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 621 DO CPP. PRETENSÃO À REDUÇÃO DAS PENAS. REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE.**

# *Superior Tribunal de Justiça*

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo **não conhecimento** do *habeas corpus* (fls. 165/170).

É o relatório.

## **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

A impetrante defende que as penas-bases pelos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006 devem ser reconduzidas ao mínimo legal, ou, subsidiariamente, deve o seu aumento ser reduzido para a fração de 1/6 sobre o mínimo legal, pois não haveria motivação idônea para o maior incremento punitivo.

Para a adequada delimitação da questão, colaciono os excertos seguintes dos títulos judiciais das instâncias ordinárias:

*"Do réu **ARTHUR APARECIDO DA SILVA LYRA**.*

*Do tráfico.*

*O réu não registra antecedentes criminais, todavia, sua culpabilidade se mostra acentuada, porquanto demonstrado que teve participação direta no transporte da droga, embora não guardasse papel de liderança na quadrilha. Por sua vez, a quantidade e natureza do entorpecente apreendido indica maior desvalor da conduta. Por conta disso, e também atento ao disposto no artigo 42 da Lei n.º 11.343/06 a pena base é aumentada em metade, atingindo o montante de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.*

*Da associação para o tráfico.*

*Atento as circunstâncias do art. 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, na forma como acima exposto, fixo a pena base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 1.050 (um mil e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, em razão de sua situação econômica.*

*As penas são somadas, já que hipótese de concurso material,*

# Superior Tribunal de Justiça

totalizando 12 (doze) anos de reclusão, além de 1.800 (um mil e oitocentos) dias-multa.

A pena será cumprida em regime inicial fechado, tendo em vista a natureza do delito, equiparado a hediondo." (fl. 54).

"No que se refere à dosimetria das penas aplicadas, merece reparo.

Quanto aos acusados Adriano e Wellington, as penas-base foram fixadas em seus mínimos legais.

**Em relação aos demais acusados, as penas-base foram, adequadamente, majoradas, em razão da expressiva quantidade e natureza do entorpecente apreendido, circunstâncias que, a teor do art. 42, da Lei 11.343/06, devem ser consideradas como preponderantes e conferem contornos de gravidade diferenciada ao caso em tela.**

Importa considerar, também, que as penas-base dos acusados Bruno, Luiz e Clóvis foram dobradas, enquanto que as penas-base dos acusados Arthur e Carlos foram aumentadas em 1/2 (metade), o que se apresenta como razoável, devido ao reconhecimento de que os três primeiros acusados exerciam papéis de liderança na estrutura da organização criminosa, bem como do fato de que os dois últimos participaram diretamente do transporte da droga apreendida.

Há que se anotar, ainda, que o acusado Clóvis ostenta antecedente criminal (fl. 23, do apenso de antecedentes)." (fls. 76/77).

De início, registre-se que a revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n.º 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/03/2015).

Nesse contexto, 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.

Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o aumento da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais

# *Superior Tribunal de Justiça*

negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6, para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA USUAL FRAÇÃO DE 1/6. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/03/2015).

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

- Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. Precedentes.*

*- No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 pelos maus antecedentes, tendo sido considerada a existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.*

*[...]*

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente, quanto ao delito de roubo, para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e, quanto ao delito de corrupção de menores, de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 403.338/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017)*

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior 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, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.**

**2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da pena-base pelos maus antecedentes da ré.**

**3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de**

# *Superior Tribunal de Justiça*

*cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.*

4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1.116.974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017).

Outrossim, em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, 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.º 11.343/2006.

Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (23,8 KG DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUMENTO FUNDAMENTADO. MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE. TRANSPOSIÇÃO DAS FRONTEIRAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. PRESENTES CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO ADEQUADO AO CASO. PREJUDICADO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.*

[...]

*II - O aumento da pena-base em razão da quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder da ré (cerca de 23,8 kg de cocaína) mostra-se, de fato, fundamentado, pois está em estrita sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06.*



# Superior Tribunal de Justiça

[...]

*Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp. 1.238.404/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)*

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VULTOSA QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. REGIME FECHADO. LEGALIDADE.**

[...]

*3. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.*

*4. A associação para o tráfico de drogas em vultosa quantidade justifica o incremento da pena-base desse delito. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base do crime de associação para o tráfico, considerando a quantidade das drogas disseminadas (56kg de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e art. 59 do CP, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a exasperação em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.*

[...]

*6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 1166871/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018)*

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES E CULPABILIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.**

[...]

*2. Nos 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*

# Superior Tribunal de Justiça

*flagrante ilegalidade no quantum aplicado.*

3. *Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, considerou a quantidade dos entorpecentes apreendidos (mais de uma tonelada de maconha e haxixe) e a culpabilidade do agente (ocultação das drogas em compartimento de ônibus, no qual era dissimulada a venda de produtos de gesso) para elevar as penas-base dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico na fração de 5/6, o que não se mostra desproporcional.*

4. *Habeas corpus não conhecido. (HC 437.496/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018)*

Consigne-se, no ponto, que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, *na fixação das penas, as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga, elencadas como preponderantes, poderão ser aferidas, em conjunto ou separadamente, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006* (AgRg no REsp 1.708.563/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018).

Outrossim, o fato de o juiz haver sopesado as mesmas circunstâncias judiciais em ambos os crimes imputados (tráfico e associação para o tráfico) não representa violação do regramento legal. Em verdade, trata-se de situação amplamente admitida, haja vista ser claramente distinta da valoração das mesmas circunstâncias, duas vezes, no mesmo crime. Dessarte, não há se falar em *bis in idem*.

Ao ensejo:

**PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. OFENSA AO ART. 69 DO CP. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CRIMES AUTÔNOMOS. CONCURSO MATERIAL. ANÁLISE QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 2. ART. 1º, I, DL 201/1967 E ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. BENS JURÍDICOS DISTINTOS. 3. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS IGUAIS. VALORAÇÃO EM CRIMES DISTINTOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. 4. VIOLAÇÃO DO ART. 99 DA LEI 8.666/1993. RECONHECIMENTO QUE ENSEJA REFORMATIO IN PEJUS. 5. REGIME DE CUMPRIMENTO**

DA PENA. PLEITO ANALISADO NO HABEAS CORPUS N. 445.611/SP. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. 6. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 44 DO CP. 7. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. O recorrente alega haver *bis in idem*, em virtude de o magistrado ter sopesado as mesmas circunstâncias judiciais em ambos os crimes imputados. Contudo, referida situação não representa violação do regramento legal, porquanto se trata de situação amplamente admitida, haja vista não se tratar de sopesamento das mesmas circunstâncias duas vezes no mesmo crime, mas em crimes distintos. Dessarte, não há se falar em *bis in idem*. Incidência do verbete n. 83/STJ, o qual se aplica igualmente aos recursos interpostos com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional. Precedentes.

[...]

7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1.270.908/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO URBANO E CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM AMBOS OS CRIMES. DESPROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Inexiste critério puramente aritmético aplicável à fixação da pena-base, de modo que cada circunstância judicial pode ser valorada e quantificada de maneira distinta, notadamente, se este exame envolver crimes diversos embora praticados pelo mesmo agente e se as vetoriais negativas são de caráter objetivo, ou seja, relacionadas às especificidades fáticas de cada delito.

2. O aumento de 15 meses na pena-base não se mostra desarrazoado ou excessivo, diante da existência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis, sobretudo se considerada a pena mínima e máxima abstratamente cominada ao delito do art. 50, I, da Lei 6.766/79, que prevê pena reclusiva de 1 a 4 anos.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC 61.064/MG,

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 11/11/2016)*

Ora, no caso, é legítimo o incremento punitivo, tanto relativamente ao delito de tráfico de entorpecentes, quanto pela associação para o tráfico, ante a quantidade da droga apreendida - **308 kg de maconha** (fl. 71), que em muito extrapola o ordinário dos tipos. Nesse sentido:

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/6. ADEQUADA. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CONCURSO MATERIAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 8 ANOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.**

[...]

3. De acordo com o 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.

4. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza da droga apreendida - 385 tijolos de cocaína (386.413,4 g) - para fixar a pena-base em 2 anos e 6 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 461.831/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 12/12/2018)

**HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. (I) DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDAS BÁSICAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS. (II) COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO**

**ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE.**

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se suficiente a motivar a exasperação da pena-base a menção à natureza e à quantidade da substância entorpecente apreendida em poder dos sentenciados - 22 (vinte e dois) tijolos de cocaína em pó, com peso líquido de aproximadamente 22 kg (vinte e dois quilos).

[...]

6. Ordem parcialmente concedida para compensar, relativamente ao paciente ALOYSIUS NNMAMDI ERUONWOKEULO, a atenuante da confissão com a agravante da reincidência para os crimes de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico, redimensionando a sanção definitiva aplicada ao paciente para 9 (nove) anos e 7 (sete) meses de reclusão, mais 1.440 (mil, quatrocentos e quarenta) dias-multa, mantidos os demais termos do aresto local. (HC 475.696/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018)

Por outro lado, a menção feita ao fato de que o paciente participou diretamente do transporte da droga apreendida, sem um maior detalhamento de como isso refletiria a especial gravidade de sua conduta, não justifica a elevação das penas-bases dos referidos delitos.

Realmente, a circunstância de haver atuado diretamente no transporte dos entorpecentes, a princípio, constitui apenas a maneira concreta de o paciente integrar a associação criminosa, constituindo, portanto, elementar do tipo penal, que não pode ser empregada para exasperar a sanção básica.

Sobre o tema, os precedentes abaixo:

**RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO E ESPECIFICAÇÃO DOS PONTOS OMISSOS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO.**

RÉU PRESENTE QUE NÃO SE DIGNOU A ATENDER O OFICIAL DE JUSTIÇA PARA SER INTIMADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. CONCURSO DE AGENTES. BIS IN IDEM. CONDENAÇÃO EM ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. PENA DE MULTA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

[...]

5. Evidenciado o bis in idem decorrente da elevação da pena-base pela consideração do concurso de agentes no tráfico e a condenação no crime de associação para o tráfico em concurso material, por se tratar, o concurso de pessoas, de elementar deste último delito.

[...]

7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1502547/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017)

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. CONDENAÇÃO. FUNDAMENTO EM PROVAS POLICIAIS E JUDICIAIS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO PARCIALMENTE INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO. INTERESTADUALIDADE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO. DESCABIMENTO. REINCIDÊNCIA. AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE.

[...]

13. O fato de o recorrente ter aderido a uma sociedade criminosa para traficar em larga escala constitui elementar do tipo penal de associação para o tráfico.

[...]

21. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte. Habeas corpus concedido de ofício, para reduzir o aumento decorrente da reincidência. Penas redimensionadas nos termos do voto. (REsp 1.370.108/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 05/08/2014)

Dessarte, essa razão de aumento da reprimenda deve ser

# *Superior Tribunal de Justiça*

afastada. Assim, o *quantum* de incremento punitivo adotado na origem, na primeira fase da dosimetria, para ambos os delitos, fundado tão somente na quantidade de droga apreendida, é exagerado, devendo ser reduzido ao patamar prudencial de 1/6.

Sobre o tema:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PENA APLICADA A CORRÉU EM PATAMAR INFERIOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INTERESTADUALIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAJORAÇÃO EM PATAMAR EXACERBADO. REDUÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. PROCESSOS EM CURSO PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM RELAÇÃO À PENA-BASE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA BASE.*

[...]

4. A majoração da pena-base foi fundamentada pelas instâncias ordinárias na natureza e na quantidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos do 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. Contudo, a majoração na primeira fase em 1 ano e 6 meses por cada um desses vetores se mostra desproporcional, segundo a linha de precedentes desta Corte Superior. Assim, melhor se adequa ao caso o aumento na fração de 1/6 da pena mínima em abstrato, sendo fixada, assim, no patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão. Mantida a fração de aumento no mínimo legal (1/6) em razão da interestadualidade do delito, a pena definitiva deve ser reduzida ao patamar de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão. A pena de multa também deve ser reduzida, na mesma proporção, sendo fixada em 690 dias-multa. O regime inicial

# *Superior Tribunal de Justiça*

*fechado deve ser mantido em razão da natureza e da quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.*

*[...]*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente, ao patamar de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 690 dias-multa, na fração mínima, mantido o regime inicialmente fechado. (HC 361.363/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017)*

A Defesa se insurge, ainda, ante a elevação da reprimenda, na fração de 1/3, na terceira etapa da dosimetria, de ambos os crimes pelos quais o paciente foi condenado, em decorrência da aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, sem que fosse apresentada motivação idônea para esse incremento acima do mínimo legal.

A matéria ficou posta, na origem, nos seguintes termos:

*"Impõe-se, ainda, o parcial acolhimento da insurgência ministerial para majorar em 1/3 (um terço) as penas dos acusados Clóvis, Luiz, Bruno, **ARTHUR** e Carlos, em razão da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06 (tráfico interestadual), devidamente descrita na inicial e cujo reconhecimento encontra seguro apoio nos autos.*

*Há que se considerar, neste sentido, que esta causa de aumento não se estende aos co-réus Adriano e Wellington, pois não estiveram, diretamente, envolvidos no transporte do entorpecente." (fls. 77/78).*

Sabe-se que o *quantum* estabelecido para a majorante prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, deve ser fundamentado com fulcro nas características do caso, cabendo ao magistrado sopesar as nuances do tráfico interestadual de acordo com a situação concreta, fato que inocorreu na espécie, pois a fração de 1/3 foi estabelecida sem qualquer razão concreta, motivo pelo qual deve ser reduzida para o mínimo legal de 1/6.

Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. DESNECESSIDADE DA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. CAUSA DE AUMENTO.*



# *Superior Tribunal de Justiça*

*FIXAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA SIMPLES CONFIGURAÇÃO DO DELITO. ILEGALIDADE.*

*[...]*

*3. A fixação da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 - previsão legal de uma escala de 1/6 a 2/3 de acréscimo exige do magistrado sentenciante que o quantum estabelecido seja fundamentado com as características do caso.*

*4. É desproporcional a elevação da majorante ao patamar máximo permitido (2/3) baseada na simples configuração do tráfico interestadual. Hipótese em que o delito imputado ao paciente envolveu apenas dois estados da Federação, sem que o agente ultrapassasse a fronteira de um deles.*

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício. (HC 278.852/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 02/02/2015)*

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES, EM CONCURSO MATERIAL COM ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA [...]. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA, EM HABEAS CORPUS. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, DAS CIRCUNSTÂNCIAS, CONSEQUÊNCIAS E MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA-BASE. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO, PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006. MAJORAÇÃO ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA, COM AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CRIME CONTINUADO. DOIS DELITOS DE TRÁFICO. FRAÇÃO DE AUMENTO FIXADA EM 2/3, PELA SENTENÇA, MANTIDA PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO. REDUÇÃO A 1/6. PRECEDENTES DO STJ. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 33 DO CÓDIGO PENAL C/C ARTS. 66, III, A, 110 E 111 DA LEI 7.210/84. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*ENSEJAR A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS , DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.*

*[...]*

*XIV. O julgador é dotado de discricionariedade, no tocante ao quantum de majoração da reprimenda, dentro dos parâmetros fixados na lei, devendo sempre se balizar pela proporcionalidade e razoabilidade, assim como pela suficiência da medida, a fim de reprovar e reprimir o crime, de modo a conferir plena aplicabilidade ao princípio da individualização da pena.*

*XV. Todavia, no tocante à incidência da causa de aumento de pena, contida no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, nenhuma razão foi apontada para justificar a majoração da pena-base em 1/3, e não na fração mínima de 1/6, limitando-se o Juiz sentenciante a ressaltar que o delito de tráfico foi cometido entre Estados da Federação.*

*[...]*

*XIX. Ordem concedida, de ofício, para, redimensionando a pena imposta pelas instâncias ordinárias [...] (HC n. 216.776/TO, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, DJe 04/08/2014)*

Assim, diante das considerações acima, redimensiona-se a pena-base do delito do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, para **5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa** (1/6 acima do mínimo legal).

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar, resultando a reprimenda no mesmo patamar.

Por fim, na terceira fase, presente a causa de aumento do art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, aumenta-se a pena na fração mínima de 1/6, resultando a pena definitiva em **6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e 680 dias-multa**.

Em relação ao delito previsto no art. 35, da Lei n.º 11.343/2006, redimensiona-se a pena-base para **3 anos e 6 meses de reclusão e 816 dias-multa** (1/6 acima do mínimo legal).

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar, resultando a reprimenda no mesmo patamar.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Por fim, na terceira fase, presente a causa de aumento do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, aumento a pena na **fração mínima de 1/6**, resultando a pena definitiva em **4 anos e 1 mês de reclusão e 952 dias-multa**.

Ante a regra do art. 69, do Código Penal, resulta a pena total fixada em **10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 1.632 dias-multa**.

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

Todavia, concedo a ordem, de ofício, para reduzir a pena total do paciente ao novo patamar de **10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 1.632 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator