

HABEAS CORPUS Nº 507.136 - RS (2019/0120766-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : DEISE CASPANI COLLET - RS051075
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MAIRON RODRIGO DUARTE FLORES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MAIRON RODRIGO DUARTE FLORES apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – Apelação n. 70080349897.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 17 (dezessete) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; e arts. 12, *caput*, e 14, *caput*, ambos da Lei n. 10.826/2003 (e-STJ fls. 262-286).

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a sentença condenatória (e-STJ fls. 365-378).

Nesta via, a impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a pena-base teria sido exasperada considerando-se desfavorável a culpabilidade, a personalidade do agente e as circunstâncias do crime, de forma inidônea, motivo pelo qual deveria ser redimensionada ao mínimo legal.

Aduz, ainda, que a elevação da pena em 24 meses, face à reincidência do paciente, teria sido excessiva e desproporcional, devendo ser reduzida a fração aplicada.

Defende, por fim, a mitigação da pena de multa em razão hipossuficiência do paciente, para que seja dosada no mínimo legal.

Requer, ao final, o redimensionamento das reprimendas do paciente.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 385-386).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 468-470).

O Ministério Público Federal, às fls. 472-479 (e-STJ), manifestou-se pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que diz respeito à aplicação da pena-base, cumpre destacar que este é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser fixada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Quanto à aventada ilegalidade, para melhor elucidação da questão, transcreve-se, por oportuno, a dosimetria procedida pelo juízo de primeiro grau, mantida integralmente pela Corte estadual (e-STJ fls. 273-279):

DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (1º FATO DESCRITO NA DENÚNCIA)

A. Primeira Fase:

Ao examinar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade, entendida como grau de reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, se fixa em grau extraordinário, considerando que o Réu praticou o delito enquanto se encontrava cumprindo pena em regime semiaberto, o que torna ainda mais reprovável a sua atuação criminosa.

O réu registra inúmeros antecedentes, como o demonstra a certidão das fls. 186/190. só se devendo considerar no entanto, pelo princípio da presunção de inocência, como antecedentes as condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal em destaque, ainda que com trânsito em julgado posterior. Com esta finalidade, adoto a condenação transitada em julgado no bojo do processo n. 033/2.05.0016245-0 para valorar negativamente esta circunstância judicial.

Quanto à conduta social do denunciado, que diz com o comportamento do agente no seio familiar, em seu ambiente de trabalho e nos relacionamentos com os demais integrantes da sociedade, tenho que inexistem nos autos elementos a serem ponderados, de forma negativa ou positiva.

Com relação à personalidade, os relatos colhidos ao longo da instrução, somados à folha de antecedentes criminais do acusado, permitem concluir que é voltada para a prática de delitos, devendo ser ponderada negativamente esta circunstância. Veja-se que o Réu já tem em seu desfavor mais de 30 anos de condenação, estando envolvido com a prática de ilícitos desde o ano de 2005, sem cessar, o que denota sua personalidade destorcida e voltada ao ilícito.

A motivação do delito é inerente ao tipo penal, qual seja,

lucro fácil.

Com relação as **circunstâncias do crime**, entendidas estas como elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, tem o condão de influenciar a quantidade da pena, para abrandá-la ou atenuá-la (lugar do crime, tempo de duração, o relacionamento existente entre autor e vítima, a atitude assumida pelo réu quando da prática do delito), **entendo que merece valoração negativa, uma vez que o Acusado tinha no tráfico o seu meio de vida e, paralelamente, usava de suas ligações com a traficância para ludibriar a autoridade administrativa e fazer crer que estava se dedicando às atividades lícitas (vide declaração falsa de serviços de reciclagem, relacionada à bar de tráfico).**

As conseqüências, a saber, o mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico e/extrapola as conseqüências naturais do crime, são comuns à espécie de delito perpetrado, sem maiores considerações a serem feitas.

O comportamento da vítima é vetorial que não pode vir em desfavor do acusado, vez que, enquanto circunstância neutra, o fato de a vítima em nada ter contribuído para o crime não pode ser adotado para fins de agravar a pena-base. conforme entendimento fixado pelo STJ no Julgamento do HC 217,819/BA (INFO nº 532).

Ainda, cabe apontar, em se tratando de delito submetido a Lei de Drogas, o conteúdo do artigo 42 da Lei n. 11.343/06, que assim dispõe:

"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 o conduta social do agente."

..Por essa razão, e considerando a determinação feita pelo dispositivo no que toca às circunstâncias indicadas como preponderantes entendo por agravar a sanção de forma mais severa, **considerando a natureza da droga (crack e maconha), bem como a grande quantidade do entorpecente (62 porções de maconha e 27 pedras de crack).**

Nessa senda, sopesados os vetores do artigo 59 do Código Penal, bem como considerando necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base em 12 anos de reclusão.

[...]

DO DELITO DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (2º FATO DESCRITO NA DENUNCIA)

A. Primeira Fase:

Ao examinar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade, entendida como grau de reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, se fixa em grau extraordinário, considerando que o Réu praticou o delito enquanto se encontrava cumprindo pena em regime semiaberto, o que torna ainda mais reprovável a sua atuação criminosa.

O réu registra inúmeros antecedentes, como o demonstra a certidão das fls. 186/190, só se devendo considerar no entanto pelo princípio da presunção de inocência, como antecedentes as condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal em destaque, ainda que com transito em julgado posterior. Com esta finalidade, adoto a condenação transitada em julgado no bojo do processo nº 033/2.05.0016245-0 para valorar negativamente esta circunstância judicial.

Quanto à conduta social do denunciado, que diz com o comportamento do agente no seio familiar, em seu ambiente de trabalho e nos relacionamentos com os demais integrantes da sociedade, tenho que inexistem nos autos elementos a serem ponderados, de forma negativa ou positiva.

Com relação a personalidade, os relatos colhidos ao longo da instrução, somados à folha de antecedentes criminais do acusado, permitem concluir que é voltada para a prática de delitos, devendo ser ponderada negativamente esta circunstância. Veja-se que o Réu Já tem em seu desfavor mais de 30 anos de condenação, estando envolvido com a prática de Ilícitos desde o ano de 2005, sem cessar, o que denota sua personalidade destorcida e voltada ao Ilícito.

A motivação do delito é inerente ao tipo penal, qual seja, lucro fácil.

Com relação às circunstâncias do crime, entendidas estas como elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, tem o condão de influenciar a quantidade da pena. para abrandá-la ou atenuá-la (lugar do crime, tempo de duração, o relacionamento existente entre autor e vítima, a atitude

assumida pelo réu quando da prática do delito), entendo que merecem valoração negativa, já que a prova dos autos indica que as armas que o réu possuía eram destinadas ao exercício do tráfico e eram em número bastante considerável (2, além daquela que foi apreendida em seu poder).

As conseqüências, a saber, o mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico extrapola as conseqüências naturais do crime, são comuns à espécie de delito perpetrado, sem maiores considerações a serem feitas.

O comportamento da vítima é vetorial que não pode vir em desfavor do acusado, vez que, enquanto circunstância neutra, o fato de a vítima em nada ter contribuído para o crime não pode ser adotado para fins de agravar a pena-base, conforme entendimento fixado pelo STJ no julgamento do HC 217.819/BA'(INF0 n" 532).

Nessa senda, sopesados os vetores do artigo 59 do Código Penal, bem como considerando necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base em 2 anos de detenção."

Com efeito, é assente na doutrina que, na análise da **personalidade**, o magistrado deve verificar "sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu" (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 776).

Na mesma esteira, Guilherme de Souza Nucci esclarece que é imprescindível "haver uma análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência" (Código Penal Comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 427).

Nesse aspecto, tem-se que a fundamentação utilizada se mostra adequada para a análise de tal vetor, uma vez que possui fundamentação concreta que permite a adequada aferição da personalidade do agente.

Quanto a **culpabilidade**, verifica-se que as conclusões das instâncias antecedentes acerca da circunstância judicial estão amparadas no fato de o paciente ter cometido o delito "*enquanto se encontrava cumprindo pena em regime semiaberto*" (e-STJ fl. 273), o que denota a maior reprovabilidade de sua conduta, reveladora do seu descaso com o ordenamento jurídico e com a punição estatal e justifica, adequadamente, a avaliação negativa deste vetor, não havendo que se falar em ilegalidade na decisão do Tribunal recorrido.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. COMETIMENTO DE DELITO DURANTE CUMPRIMENTO DE PENA PELA PRÁTICA DE CRIME DA MESMA ESPÉCIE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE CDs E DVDs APREENDIDOS. REPROVABILIDADE ACENTUADA DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA DE VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES NA PRIMEIRA FASE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PROPORCIONALIDADE. CONDUTA PRATICADA SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. RÉU QUE DESCONTA PENA EM MEIO INTERMEDIÁRIO. POSSIBILIDADE DE IMEDIATA PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. 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.

5. No caso concreto, as instâncias ordinárias sopesaram negativamente a culpabilidade pelo fato de ter o paciente cometido o crime enquanto cumpria pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade pela prática de idêntico delito anterior, nos termos da certidão de execução penal e da sentença condenatória. 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 inalteração de sua postura. Precedentes.

[..]

(HC 395.522/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017)

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.

[...]

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.

[...]

(HC 356.381/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016)

HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. PRISÃO DOMICILIAR. PLEITO NÃO SUBMETIDO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não debatida a matéria na instância ordinária, não cabe a este Superior Tribunal de Justiça inaugurar o enfrentamento da tese, sob pena de indevida supressão de instância.

2. O elevado grau de reprovabilidade da conduta (culpabilidade) configura circunstância apta a justificar o aumento da pena-base, quando indicados fundamentos concretos, como o fato de ter a acusada vindo de outra cidade somente para praticar os furtos, o que teria se concretizado em outras oportunidades.

3. A prática do delito durante o cumprimento de pena no regime aberto é fundamento apto a justificar a elevação da pena-base.

4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena.

5. Fixada a pena-base acima do mínimo legal e tratando-se de ré reincidente, mantém-se o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c 59 do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir as penas a 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 12 dias-multa.

(HC 400.229/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. [...] DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CP. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE LIMITES LEGAIS MÁXIMOS E MÍNIMOS. QUANTIDADE DE DROGAS. CULPABILIDADE. COMETIMENTO DE CRIME DURANTE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE NÃO INERENTE AO TIPO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PRECEDENTE. NEGATIVAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DIFERENTES ANOTAÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1136157/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018)

No tocante às **circunstâncias do crime**, mostra-se idônea a fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias para valorar negativamente tal vetorial, notadamente pelo fato do acusado *"ter no tráfico o seu meio de vida e, paralelamente, usar de suas ligações com a traficância para ludibriar a autoridade administrativa e fazer crer que estava se dedicando à atividades lícitas"* (e-STJ fl. 275).

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECUSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E MUNIÇÃO (ART. 14, DA LEI 10.826/03). DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. POSSIBILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA E MODUS OPERANDI DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS EXTRAÍDOS DOS AUTOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PRECEDENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. EVOLUÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF WRIT 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 possível a concessão da ordem de

ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. 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 - Ao contrário do que alega a defesa, mostra-se idônea a fundamentação apresentada pela eg. Tribunal de origem para valorar negativamente as circunstâncias do crime e da culpabilidade, notadamente pelo fato do delito ter sido cometido por "policiais que deviam pautar suas condutas ações nos ditames da lei, ao contrário, praticavam um ilícito que atinge toda a coletividade", o que denota maior reprovabilidade de suas condutas, bem como o modus operandi, onde com os réus foram apreendidos "armas de fogo e farta munição, sendo que, como relatado, pela testemunha Adriano, em momentos antes, em razão de discussão com um vizinho, tinham eles o procurado, porém acreditando que iriam ceifar-lhe a vida buscou um matagal próximo, chamando os policiais para lhe ajudar", conforme consta dos autos.

IV - Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a existência de circunstância judicial desfavorável, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, autoriza a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena cominado. Precedentes.

V - Por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário do col. Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/16).

VI - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 498.843/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 11/06/2019)

Desse modo, observa-se que as circunstâncias invocadas pelas instâncias de

origem extrapolam as normais do tipo infringido, justificando, assim, a majoração da reprimenda do acusado.

Por outro lado, conquanto as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, bem como do artigo 42 da Lei n. 11.343/06 sejam desfavoráveis ao paciente, a elevação de sua sanção em patamar de 7 (sete) anos, em relação ao crime de tráfico, mostra-se excessiva e desproporcional, merecedora, por consequência, de reparo.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTUM DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CONCURSO MATERIAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 8 ANOS. DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. MANIFESTA ILEGALIDADE PARCIALMENTE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Hipótese em que, embora tenham sido apresentados fundamentos válidos para o agravamento das penas básicas (quantidade, natureza do entorpecente e conduta social do agente), mostra-se desproporcional o aumento operado para os delitos dos arts. 33 e 35 da Lei de Drogas, quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais, sendo, portanto, suficiente a exacerbação em 2 anos e em 1 ano, 2 meses e 12 dias de reclusão, respectivamente, nos termos dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Aplicada a regra do concurso material e somadas as reprimendas impostas para os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, revela-se correto o regime fechado para o cumprimento inicial da pena superior a 8 (oito) anos de reclusão, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

5. Certificado o trânsito em julgado da ação penal condenatória,

caberá ao Juízo de execução a análise da influência do período de prisão preventiva na fixação do modo inicial de cumprimento da pena.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas-bases impostas ao paciente, resultando a sanção final em 11 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão e pagamento de 1.680 dias-multa, mantido o regime fechado.

(HC 452.708/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO MONOCRATICAMENTE. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA.

NATUREZA NOCIVA. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Sendo evidente o constrangimento ilegal, justifica-se a impetração do writ e a concessão da ordem. Mesmo em se tratando de dosimetria da pena, constatada a desproporcionalidade do aumento da pena-base praticado pela instância ordinária, impõe-se a correção por meio do remédio heroico.

2. No caso, as 15 porções de crack (25,28 g) encontradas em poder das ora agravadas não podem ser tidas como realmente expressivas, não servindo, dessa forma, de premissa válida e suficiente para viabilizar o aumento da pena-base em 10 meses como ocorreu no caso.

3. Afastado aumento da pena-base promovido na sentença e confirmado no acórdão da apelação, a ordem foi concedida a fim de reduzir a pena privativa de liberdade de Jaqueline Lourenço da Silva a 7 anos, 8 meses e 16 dias de reclusão, e de Ana Paula Lima da Cruz a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, considerando-se as demais premissas da condenação.

4. A argumentação apresentada pelo Ministério Público no agravo regimental não foi suficiente para infirmar a fundamentação adotada na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 452.401/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018)

Assim, deve a reprimenda do paciente ser redimensionada, na **primeira fase da dosimetria**, estabelecendo-se em **9 (nove) anos de reclusão**.

No que se refere ao *quantum* de aumento procedido na segunda etapa da dosimetria, verifica-se que o juízo sentenciante elevou a reprimenda em 2 (dois) anos, tendo o Tribunal *a quo* mantido a fração adotada, *in verbis* (e-STJ fl. 277):

"Nos termos da redação do inciso I do artigo 387 do

Diploma Processual Repressivo, reconheço a incidência da agravante da reincidência, prevista no artigo 61. inciso I. do Código Penal, adotando para este fim a condenação transitada em julgado no bojo do processo de nº 033/2.14.0001005-2. Considerando que o réu é multirreincidente, contando com 7 (!!!!!) condenações transitadas em julgado em seu desfavor, aumento a pena base em 2 anos de reclusão em razão da agravante em questão."

De acordo com a doutrina: *"Ponto relevante, que merece abordagem preliminar, refere-se ao quantum das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina dever ser a pena atenuada, porém sem qualquer menção ao montante"* (NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da Pena*, 3ª ed., RT:SP, 2009, p. 212).

Não obstante o entendimento doutrinário majoritário sobre o tema haver se firmado no sentido de que o aumento por cada agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado, este Superior Tribunal tem orientado no sentido de que o patamar de acréscimo pela circunstância agravante deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

Nesse norte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. AUMENTO DA PENA JUSTIFICADO ANTE A DUPLA REINCIDÊNCIA DO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento válido e suficiente para comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade - Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que

devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.

[...]

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 30/09/2016)

Na presente hipótese, verifica-se que a exasperação em 2 (dois) anos foi mantida de forma proporcional, uma vez que o aumento superior foi justificado pela existência da multirreincidência do paciente.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. RÉU MULTIRREINCIDENTE. DOSIMETRIA. ART. 61, I, CÓDIGO PENAL. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabeleceu os percentuais de diminuição e de aumento a serem utilizados. Assim, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.

2. Hipótese em que o aumento superior a 1/6, na segunda fase dosimétrica, lastreou-se no fato de ser o paciente multirreincidente, argumento que se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes.

3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, é apropriado o regime inicial fechado ao condenado reincidente, nos casos em que a pena aplicada resultar em quantum definitivo superior a 4 anos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 448.731/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. FOLHAS DE ANTECEDENTES CRIMINAIS APTAS PARA CONFIGURAR MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUMENTO PROPORCIONAL. SEGUNDA FASE. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR A 1/6. VIABILIDADE. MULTIRREICIDENTE CONFIGURADA. TERCEIRA FASE.

MAJORANTES. FRAÇÃO SUPERIOR A MÍNIMA LEGAL DE 1/3 (UM TERÇO). POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO EM ELEMENTOS CONCRETA DOS AUTOS. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO. PROVIDÊNCIAS QUE IMPLICAM NO REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária" (HC 291.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016).

IV - Mantém-se a valoração negativa das vetoriais analisadas pelo v.

acórdão impugnado, tendo em vista a fundamentação concreta apresentada, descabendo falar em desproporcionalidade na fixação da pena-base em 5 (cinco) anos e 12 (doze) dias de reclusão, considerando o critério ideal de aumento por circunstância judicial desabonadora, a incidir sobre o intervalo de apenamento estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, o qual corresponde a 6 anos.

V - Houve fundamentação idônea a lastrear o valor fracionário utilizado em patamar diverso a 1/6 (um sexto), em razão do paciente ser multirreincidente (processos criminais n.ºs. 7.321/2000 e 36.190/2004), circunstância essa que possibilita o agravamento da pena no patamar estabelecido pelo Tribunal a quo.

VI - Nos termos do Enunciado n. 443 da Súmula/STJ, "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes." VII - In casu, com a fixação do quantum de aumento de pena determinada por critério não exclusivamente quantitativo, mas com referência a elementos concretos dos autos, não há que falar em fundamentação inidônea que autorizasse a concessão da ordem de ofício.

VIII - A eg. 3ª Seção desta col. Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que é desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no crime de roubo, para aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art.

157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada sua utilização por outros meios de prova. IX - Nas hipóteses em que não houver a apreensão e perícia da arma para a prova do seu efetivo potencial lesivo, mostra-se devida a incidência da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, quando existirem nos autos elementos de prova que comprovem a utilização da arma na prática do delito, exatamente como ocorre na espécie dos autos, em que o Tribunal a quo se apoiou nos depoimentos das vítimas para concluir pela utilização da arma no crime de roubo.

X - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o roubo praticado mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não caracteriza crime único, mas delitos em concurso formal, porquanto violados patrimônios distintos. Reavaliar tal conclusão demandaria, necessariamente, incursão fática-probatória, providência incompatível com a via expedita do habeas corpus, marcado por cognição sumária e rito célere.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 446.462/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018)

Nesse contexto, alterada a reprimenda do paciente na primeira fase da dosimetria da pena, e acrescida a majoração pela presença da multirreincidência do acusado, na segunda etapa, a reprimenda deve ser redimensionada para 11 (onze) anos de reclusão, a qual se torna definitiva, ante a ausência de outras causas modificativas.

Ademais, considerando o concurso material entre os crimes de tráfico e posse de arma de fogo de uso permitido, totaliza-se a pena definitivamente em **13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão**.

Por fim, em relação ao pedido de mitigação da pena de multa, é necessário destacar que o *habeas corpus* é garantia individual destinada a afastar ameaça ou constrangimento ilegal à liberdade de locomoção. Não se presta, assim, ao fim desejado pelo recorrente, eis que a pena a que foi condenado não é privativa de liberdade e ela também não poderá ser convertida em caso de descumprimento, nos termos do artigo 51 do Código Penal. Logo, incabível o *writ* ao tratamento da matéria.

Aliás, esse é o entendimento consubstanciado no enunciado 693 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

Nesse norte, os seguintes julgados:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTRAVENÇÃO PENAL. PERTURBAÇÃO DA PAZ. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INGRESSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PARA O

MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 598 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

[...]

ILEGALIDADE DA CONDENAÇÃO DO ACUSADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA.

[...]

PENA DE MULTA. REPRIMENDA QUE SERIA DESPROPORCIONAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO OU AMEAÇA DE VIOLÊNCIA AO DIREITO AMBULATÓRIO. VIA INADEQUADA.

1. A imposição de pena de multa ao recorrente não tem o condão, por si só, de caracterizar ofensa ou ameaça à sua liberdade de locomoção, razão pela qual não é cabível o manejo do habeas corpus, uma vez que não poderá ser convertida em reprimenda privativa de liberdade, caso descumprida, nos termos do artigo 51 do Código Penal. Inteligência do enunciado 693 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Recurso desprovido.

(RHC 85.526/DF, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 08/03/2019)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DOS AUTOS. CONCLUSÃO DIVERSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE ARMAS DE FOGO NA PRÁTICA DO DELITO. PENA DE MULTA. PRETENSÃO DE REDUÇÃO. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Concluído pela Corte de origem ser inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena, com arrimo nas circunstâncias concretas dos autos ("ponto de tráfico, agentes fortemente armados, quantidade de drogas, considerando sua natureza"), não incide o benefício em testilha. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. 3. Inviável a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, tendo em vista que o delito em testilha envolveu armas de fogo, que foram, inclusive, disparadas com a chegada dos policiais, o que ensejou a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, IV, da Lei n.º 11.343/06. Adequado, pois, o regime inicial fechado, diante da reprovabilidade da conduta.

4. O habeas corpus não é via idônea à discussão acerca do valor da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção, porquanto a sanção pecuniária, caso seja descumprida, não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, a teor do art. 51 do Código Penal.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegado.

(HC 429.850/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do writ, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, §2º, do Código de Processo Penal, para redimensionar a reprimenda do paciente para **13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, mantidos os demais termos do aresto impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator