

**HABEAS CORPUS Nº 535.040 - SP (2019/0284795-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
MARCO CHRISTIANO CHIBEBE WALLER - SP282172  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : EDUARDO GONÇALVES CARNEIRO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de EDUARDO GONÇALVES CARNEIRO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000630-76.2018.8.26.0050).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mais 888 dias-multa, sendo negado o direito de recorrer em liberdade (e-STJ fls. 35/47). Isso porque, segundo consta, fora apreendido nas posse de 24 porções de maconha, com peso de 27,4g (vinte e sete gramas e quatro decogramas) e 25 *eppendorfs* de crack, com peso de 2,9g (dois gramas e nove decigramas).

Irresignada, a defesa apelou, sendo o recurso desprovido nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 36):

Sentença condenatória pelo delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06) - Pedido de absolvição com base na fragilidade probatória, com pleito subsidiário de redução das penas.

Mérito – Autoria e materialidade delitiva comprovadas – Depoimentos dos policiais militares revestidos de credibilidade – Impossibilidade de desclassificação para a conduta de porte, uma vez que inequívoca a traficância pela quantidade, diversidade de droga apreendida, sua forma de acondicionamento e circunstâncias do delito – Condenação mantida – Penas criteriosamente fixadas, observado o regramento aplicável – Inteligência dos artigos 42 da lei de drogas e 59 do Código Penal – Regime prisional inalterado – Substituição das reprimendas por restritivas de direitos e "sursis " descabidos na espécie – Recurso desprovido.

# Superior Tribunal de Justiça

Dáí o presente *habeas corpus*, no qual sustenta a defesa que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência da dosimetria da pena, aduzindo, para tanto, ser desproporcional o aumento, na segunda fase da dosimetria, na fração de 1/3.

Requer a concessão da ordem "a fim de que haja a redução da estabelecida em segunda fase de dosimetria para a fração de 1/6 (um sexto) ou, subsidiariamente, para 1/5 (um quinto)" – e-STJ fl. 7.

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 54/88 e 91/95).

O Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 97/100, manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

Acerca da controvérsia, assim consignou o Tribunal de origem (e-STJ fl. 44):

[...] Na segunda fase, presente a agravante genérica da reincidência (fls. 155/159 - processos 0059867-22.20)0.8.26.0050 [0006499-81.2016.8.26.0602] - furto qualificado - e 0082275-07.2010.8.26.0050 - tráfico de drogas), as penas sofreram nova majoração da 1/3, obtendo-se, 08 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 888 dias-multa, no piso, o que se mostra adequado dada a multiplicidade de apontamentos e a especificidade de uma das condutas, o que, aliás, vem sendo considerado pela Instância Especial (HC 363.123/SP, Sexta Turma, rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe 21.09.2016).

Pois bem.

No que concerne ao aumento de pena na segunda fase da dosimetria, rememoro, por oportuno, que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sendo assim, o aumento da reprimenda em razão da incidência de circunstância agravante deve respeitar, de ordinário, o limite de 1/6 (um sexto), salvo situações excepcionais, devidamente justificadas.

No caso em desfile, como visto, o paciente teve aumentada sua pena na segunda fase da dosimetria na razão de 1/3, **tendo em vista a existência de duas condenações transitadas em julgado contidas no período depurador, sendo uma delas específica**, de maneira que não se vislumbra a existência de flagrante ilegalidade a ser reconhecida na hipótese, em razão da existência de fundamentação idônea e dentro dos limites de razoabilidade e proporcionalidade preconizados por esta Corte.

A corroborar tal entendimento, cito os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO SIMPLES E FALSA IDENTIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS 61, I, E 65, III, D, AMBOS DO CP. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. PEDIDO DE REAJUSTE DE FRAÇÕES ATINENTES À CONFISSÃO ESPONTÂNEA E À REINCIDÊNCIA. QUANTUM. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO SENTENCIANTE. PROPORCIONALIDADE. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. INVIABILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA DO AGRAVANTE ATESTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

1. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, motivo pelo qual cabe ao Juízo sentenciante sopesar as circunstâncias existentes no caso concreto, fixando o patamar necessário dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.533.597/RS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018).

2. O entendimento manifestado pelas instâncias ordinárias, notadamente quanto à impossibilidade de compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a constatada multirreincidência do agravante, está em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior.

**3. 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. [...] Hipótese em que a fração de 1/4, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se no fato de pesarem contra o paciente três outras condenações definitivas, fundamentação idônea e de acordo com o postulado da proporcionalidade (HC n. 392.299/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 12/12/2017).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1822454/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 19/09/2019, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. MULTIRREINCIDÊNCIA. AUMENTO DA PENA EM 1 (UM) ANO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, embora tenha adotado o patamar de 1/6 (um sexto) como parâmetro geral para a exasperação da pena em razão das circunstâncias agravantes, admite que seja aplicada fração mais gravosa quando houver fundamentação concreta, como nos casos de multirreincidência ou de reincidência específica.

**2. Não há flagrante desproporcionalidade se o Tribunal local, com fundamento na multirreincidência do Recorrente (três condenações), majora a pena no patamar de 1/3 (um terço) do interregno existente entre as penas mínima e máxima cominadas ao delito.**

3. Para se discutir de maneira aprofundada a correção da fração de majoração utilizada pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame dos fatos e provas da situação concreta, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n.º 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1780947/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 23/04/2019, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE AUMENTO DECORRENTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO ACIMA DA FRAÇÃO DE 1/6. IDONEIDADE. CONSTATADA A MULTIRREINCIDÊNCIA DO AGRAVANTE.

1. A dosimetria da pena do agravante foi exasperada, na primeira fase, em 1/6, pela verificação dos maus antecedentes, e na segunda fase, em 3/8, pois constatada a multirreincidência. O acórdão não comporta reparos, notadamente por estar em consonância com a jurisprudência desta Corte, que admite, em casos de multirreincidência

ou de reincidência específica, a exasperação da pena em patamar superior a 1/6.

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica) (HC n. 258.693/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 28/3/2016 - grifo nosso).

**3. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea. In casu, nos termos do consignado no acórdão ora hostilizado, a multirreincidência do paciente justifica incremento um pouco superior a 1/6 (HC n. 390.920/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 9/6/2017 - grifo nosso).**

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1660563/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017, grifei)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DAS DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALUSÃO A ELEMENTOS GENÉRICOS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra,

vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, o Juízo de primeira instância apontou elementos concretos que justificam acréscimo da pena-base, haja vista que a empreitada criminosa envolveu cocaína e crack, substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios. Todavia, notabiliza-se que com relação as demais circunstâncias não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.

**2. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente possui duas condenações definitivas, uma delas, inclusive, a configurar reincidência específica, o que justifica a exasperação da pena em 1/3 na segunda fase da dosimetria.**

3. Não há falar em bis in idem em razão utilização da reincidência como agravante genérica e para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica.

4. 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, não reincidente e cuja culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e, sendo o réu reincidente, não é possível a pretendida substituição.

5. Tratando-se de paciente reincidente condenado a pena superior a 4 anos de reclusão, é inviável a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente, nos autos da Ação Penal n.º 0007537-29.2014.8.26.0302, para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 354.611/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, grifei)

Não vislumbro, pois, o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, **denego a ordem.**

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator