**HABEAS CORPUS Nº 537.235 - ES (2019/0297002-0)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)** |
| IMPETRANTE | : | WANDERSON OMAR SIMON |
| ADVOGADO | : | WANDERSON OMAR SIMON - ES018630 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO |
| PACIENTE | : | HWEDERSON PETRONILHO PORTES (PRESO) |
| OUTRO NOME | : | DAVI PEREIRA JANOTTI |
| INTERES. | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO |

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado em favor de HWENDERSON PETRONILHO PORTES (DAVI PEREIRA JANOTTI) contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**, nos autos da apelação criminal n. 0002503-15.2012.8.08.0021.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de **21 (vinte e um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 2.133 (dois mil cento e trinta e três) dias-multa**, como incurso nas iras dos arts. 33, caput, e 35, c/c art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 148-169).

Inconformada, a defesa interpôs **apelação** perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 172-187.

Opostos aclaratórios, foram rejeitados (fls. 188-196).

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois os motivos e as consequências do crime foram fundamentados de forma genérica e com base em elementos inerentes do tipo.

Sustenta inexistir fundamentos aptos a sustentar a condenação por associação ao tráfico, já que a interceptação telefônica imputada como



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

prova jamais existiu.

Afirma que, após quebrar o sigilo de dados telefônicos, o laudo pericial atestou que os contatos entre os corréus não foram habituais, mas sim pontuais.

Nessa senda, defende a absolvição do delito de associação para o tráfico de entorpecentes, uma vez que não foi provada a estabilidade e a permanência associativa.

Assere inexistir prova da causa de aumento de pena prevista no inciso V do art. 40 da Lei de Drogas, haja vista que o relatório policial não concluiu pelo tráfico entre Estados da federação.

Assevera ser necessária a aplicação do princípio **in dubio pro reo**.

Pondera que, *"das 8 circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59, caput, do CP, apenas 3 (três) circunstâncias judiciais foram consideradas desfavoráveis ao réu, razão pela qual o Magistrado fixou a pena acima do mínimo legal, porém, de forma incoerente e injusta"* (fl. 13).

Menciona ser excessiva a elevação da pena-base em 2 (dois) anos, em função da quantidade de droga apreendida.

Obtempera que, na terceira fase, em razão da causa de aumento de pena, a sanção foi exasperada em 1/3 (um terço), mas sem a devida motivação a respeito da escolha da proporção empregada.

Requer, assim, a concessão da ordem para que: i) o paciente seja absolvido do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006; ii) a causa de aumento de pena do inciso V do art. 40 da Lei de Drogas seja excluída; iii) o desvalor dos motivos e das circunstâncias do crime seja desconsiderado; e iv) subsidiariamente, haja limitação do aumento da reprimenda na terceira fase em 1/3 (um terço).

A liminar foi **indeferida** (fls. 199-202).



**Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019**
**Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E**

Informações prestadas às fls. 208-213.

O Ministério Público Federal, às fls. 215-223, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e, subsidiariamente, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

> *"**HABEAS CORPUS**. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ART. 40, V, DA LEI 11.343/06. ANÁLISE DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA MANDAMENTAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES, MOTIVOS DO CRIME E QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS APREENDIDAS. ELEVAÇÃO CONSENTÂNEA. CAUSA DE AUMENTO APLICADA NO PATAMAR DE 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM."* (fl. 215).

É o relatório.

**Decido**.

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

**Conforme relatado**, busca-se na presente impetração: i) a absolvição do paciente da prática do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006; ii) a exclusão da causa de aumento de pena do inciso V do art. 40 da Lei de Drogas; iii) a desconsideração do desvalor dos motivos e das circunstâncias do crime; e iv) subsidiariamente, a limitação do aumento da



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

reprimenda na terceira fase em 1/3 (um terço).

Inicialmente, cumpre asseverar que 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 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"* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

*"**Apesar da negativa da autoria dos recorrentes, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público, nos depoimentos prestados em juízo, são enfáticas ao externar detalhes concretos que indicam/evidenciam a prática dos crimes de tráfico e associação para o tráfico em discussão**, vejamos:*

*[...]*

*Neste contexto, depreende-se que a **associação dos recorrentes se dava de forma estável e permanente, visto que além das informações dos policiais darem conta de que já havia um monitoramento realizado em face do condenado Adelson, por suspeitas de que este havia retornado com a prática do tráfico de entorpecentes, foi realizado análise de extratos telefônicos decorrentes das apreensões de chips eletrônicos que estavam de posse dos apelantes**, conforme fls. 260/271.*

*Da referida análise chegou-se à conclusão que além dos contatos realizados entre os réus, estes se utilizavam de um intermediário, na pessoa de Lazaro Fernandes da Lima, de alcunha Nelito, que seria responsável pela negociação das drogas entre os recorrentes.*

*Ora, **levando em conta que foi apreendida grande quantidade de drogas (6.241g), bem como que os apelantes utilizavam de intermediário para realização do comércio de entorpecentes, é possível concluir que não estamos diante de eventual negociação de substância ilícita**.*

*Ademais, restou consignado que o apelante Hwederson Petronilho Portes utilizava de identidade falsa com o nome de Davi Pereira Janotti para não ser reconhecido, visto ser **reconhecidamente integrante de facção criminosa conhecida nacionalmente como PCC**, o que nos leva a*



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

*entender que não estamos diante de simples criminoso.*

*Outrossim, a folha de antecedentes criminais dos recorrentes (fls. 95/100) e a Guia de Execução Criminal (fls. 355/357) são extensas em indicar que estes estão habituados na prática de toda espécie de crimes.*

*Parece-me evidente, após a análise dos excertos testemunhais acostados alhures, juntamente ao Auto de Apreensão e o Laudo de Exame Químico haver a subsunção da conduta dos recorrentes nas sanções dos arts. 33 e 35 da Lei n° 11.343/06.*

*De outro lado, a tese absolutória suscitada nas defesas sob qualquer ótica vislumbrada, tanto em relação ao crime de tráfico quanto diante do crime de associação para o tráfico, não encontra guarida/suporte ao longo do caderno processual.*

*No que tange ao pleito de redução das penas aplicadas, necessário realizar algumas digressões acerca da fixação da pena pelo juízo a quo.*

*Neste diapasão, as defesas insurgem-se, em especifico, contra o capítulo da sentença referente à dosimetria da pena, para que lhe sejam fixadas as penas - bases no mínimo legal.*

*Neste diapasão, não existem vícios ou inadequações porventura cometidos pelo ilustre Juízo de 1° grau de jurisdição.*

*Em primeiro lugar, a dosimetria da pena estabelecida para os réus respeitou, ao que parece todo o critério trifásico de aplicação da pena de forma a meu ver razoável e lógico, com estribo no livre convencimento motivado daquele preclaro magistrado.*

***Verifica-se que foram consideradas ao menos três '` circunstâncias judiciais (antecedentes, motivos e circunstâncias), concernentes aos réus, como desfavoráveis, daí porque fixadas em patamares superiores ao mínimo legal para os tipos penais em evidência. Isto porque, o preceito secundário previsto nos arts. 33 e 35, da Lei n° 11.343/06 dispõem como patamares a serem aplicados pelo juiz, respectivamente, as penas de reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos e de 03 (três) a 10 (dez) anos***.

*Com efeito, verifica-se que o juízo primevo não majorou as penas- bases acima do razoável (07 e 05 anos), como pretende provar a defesa dos apelantes, pois, a pena -base somente poderia ser fixada no mínimo legal caso todas as circunstâncias judiciais dos acusados fossem favoráveis.*

*Diante das explanações supra, entendo não encontrar a necessária e robusta guarida nos autos a tese lançada pela defesa dos recorrentes, quanto as penas -bases aplicadas.*

*[...]*

*Por derradeiro, em relação ao afastamento da causa de aumento constante no art. 40, V, da Lei de Drogas, qual seja o de tráfico entre Estados da Federação, melhor sorte não cabe ao recorrente Adelson.*

***A meu sentir, ficou demonstrado nos presentes autos que o apelante Hwederson Petronilho Portes transportou grande quantidade de cocaína do Estado de São Paulo para que fosse entregue ao recorrente***



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

***Adelson Machado de Souza na cidade de Guarapari/ES***.

*Tal assertiva está consubstanciada no depoimento prestado por Roberta Bianca de Figueredo, "garota de programa", que prestou informação às fls. 13/14, no sentido de que teria sido "contratada" para que passasse dois dias com o recorrente Hwederson, sendo que este apanhou a referida testemunha na rodoviária em São Paulo e de lá se dirigiram até o Espírito Santo.*

*Quanto chegaram no município de Guarapari, o recorrente Hwederson Petronilho Portes foi preso no momento em que entregava relevante quantidade de cocaína ao apelante Adelson Machado de Souza.*

*[...]*

***Ora, como dito, há provas nos autos que o recorrente Hwederson foi preso quando estava entregando a cocaína para o apelante Adelson no município de Guarapari, sendo que a testemunha Roberta Bianca de Figueredo estava no local da apreensão e prisão dos condenados***.

***Diante de tais explanações, não vejo dúvida de que a droga apreendida foi trazida para este Estado transportado por via terrestre pelo recorrente Hwederson, cuja viagem originou-se no Estado de São Paulo***.

*Com efeito, não vejo como afastar a majorante em debate, o que torna a sentença não passível de qualquer retificação"* (fls. 178-185, grifei).

Em relação às alegações de que: a) os motivos e as consequências do crime foram fundamentados de forma genérica e com base em elementos inerentes do tipo; b) a interceptação telefônica imputada como prova condenatória jamais existiu; e c) na terceira fase, a sanção foi exasperada além do mínimo legal, mas sem a devida motivação a respeito da escolha da proporção empregada; observa-se que as referidas teses não foram enfrentadas pela eg. Corte de origem.

Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre **os referidos temas** expostos na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobres as matérias, sob pena de incorrer em **indevida supressão de instância.**

Perfilhando esse entendimento, trago os seguintes julgados:

> "***HABEAS CORPUS***. *FURTO SIMPLES. DETRAÇÃO (ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. FATOR*



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

*DETERMINANTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.* ***HABEAS CORPUS*** *NÃO CONHECIDO.*

*1.* ***A tese relativa à aplicação do instituto da detração não foi suscitada perante o Tribunal a quo, o que impede a sua apreciação diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância****.*

*[...]*

*4.* ***Habeas corpus*** *não conhecido."* (HC n. 480.651/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe 10/04/2019, grifei).

*"PENAL.* ***HABEAS CORPUS*** *SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA.* ***SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.*** *DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESCRÉDITO NO SERVIÇO REGISTRÁRIO MAIOR DO QUE A LESÃO INERENTE AO FALSO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 440 E 269 DO STJ.* ***HABEAS CORPUS*** *NÃO CONHECIDO.*

*[...] 2.* ***O capítulo da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito não foi devolvido para o Tribunal a quo, nem por ele apreciado. Como não há decisão de órgão colegiado, é inviável a apreciação do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República, que exige decisão de Tribunal****.*

*[...]*

*7.* ***Habeas corpus*** *não conhecido."* (HC n. 339.352/SC, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 28/08/2017).

**Quanto ao pedido absolutória da prática do delito de associação para o tráfico**, dos excertos transcritos, verifica-se que a Corte de origem atestou a prática da associação para o tráfico, destacando o monitoramento feito pelos policiais, os extratos telefônicos, a apreensão de chips eletrônicos, e a quantidade droga apreendida – **6.241g de cocaína**.



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

Desta feita, afastar a condenação do delito de associação para o tráfico, como pretende a defesa, **demanda reexame de provas**, medida interditada na via estreita do **habeas corpus**.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FINANCIAMENTO DO TRÁFICO. RECURSO ESPECIAL PELA DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ACÓRDÃO PARADIGMA EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA ORAL JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *2.* ***A Corte estadual, com fundamento nos elementos do caderno fático-probatório, entre eles os testemunhos policiais e os resultados das diligências de busca e apreensão e de interceptação telefônica, concluiu pela comprovação da autoria e da materialidade dos crimes de associação para o tráfico e de financiamento do tráfico. A revisão da condenação exigiria, portanto, amplo reexame fático-probatório, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n.º 7/STJ****.*
>
> *[...]*
>
> *4. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp n. 1804625/RO, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe 05/06/2019, grifei).

> *"PENAL.* ***HABEAS CORPUS*** *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO.DOSIMETRIA. TRÁFICO DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA.NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE DOS CRIMES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. POSIÇÃO DE LIDERANÇA. FUNDAMENTAÇÃO ESCORREITA. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PLEITO PREJUDICADO. NÃO ALTERAÇÃO DO* ***QUANTUM*** *DA PENA.PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2º,*



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

*ALÍNEA "A", DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.* ***HABEAS CORPUS*** *NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*2.* ***As instâncias ordinárias, com base no exame exauriente das provas dos autos, sobretudo as circunstâncias do delito, entenderam que o paciente praticava tráfico e associação para o tráfico de drogas. Ademais, para se afastar a materialidade do delito de associação para o tráfico, é necessário o reexame aprofundado de provas, inviável em sede de habeas corpus****.*

*[...]*

*5.* ***Habeas corpus*** *não conhecido."* (HC n. 502.868/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 20/05/2019, grifei)

**No que diz respeito à incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso V do art. 40 da Lei de Drogas**, verifica-se que o Tribunal local atestou a sua ocorrência, diante de depoimento testemunhal e das circunstâncias da prisão em flagrante.

Desta feita, a alteração do julgado, consoante os argumentos expostos na impetração, **requer a análise vertical da prova**, ação não compatível com o rito estreito do **habeas corpus**.

Nessa linha:

*"**HABEAS CORPUS**. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. PROVIDÊNCIA INÓCUA. SÚMULA N.º 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JU*



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

*DICIAL DESFAVORÁVEL.QUANTIDADE DA DROGA. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

*[...]*

*3.* ***Na hipótese, as instâncias ordinárias consignaram, com base nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso V, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto teria sido "comprovado que os acusados transportavam as drogas entre Estados da Federação, qual seja entre Santa Catarina e São Paulo". Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de habeas corpus, tendo em vista os estreitos lindes deste átrio processual***.

*[...]*

*5.* ***Habeas corpus*** *denegado"* (HC n. 432.351/SP, **Sexta Turma**, Rel.ª Min.ª **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 09/04/2018, grifei).

**No mais, a elevada quantidade droga apreendida (6.241g de cocaína) justifica a elevação da pena-base**.

Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a defesa, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que, há muito tempo, a jurisprudência do STJ considera lídimo o recrudescimento da pena-base, tendo em vista a natureza e a quantidade da substância entorpecentes.

A propósito:

*"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL.*

*1.* ***Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas***.

*2.* ***Na espécie, a reprimenda de piso acima do mínimo legal, em razão da natureza e a excessiva quantidade do estupefaciente apreendido, encontra-se devidamente***



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

***justificada e proporcional às especificidades do caso versado.*** *MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. RÉ INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COMO TRANSPORTADOR. Integrando a acusada organização criminosa, na qualidade de transportadora da droga, resta impossibilitada incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. A majorante do artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006, em razão da transnacionalidade do delito, pode ser aplicada em conjunto com o artigo 33 da referida norma, porquanto justificada por fundamento diverso, inexistindo bis in idem. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO IMPROVIDO.*

*1. Admite-se a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da quantidade e natureza do entorpecente apreendido.*

*2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp n. 585.375/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 27/03/2017, grifei).

*"**HABEAS CORPUS**. PENAL. **ARTS. 12 (TRÁFICO DE DROGAS); 13 (FABRICO DE MAQUINISMO DESTINADO À FABRICAÇÃO DE ENTORPECENTE) E 14 (ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO) DA LEI 6.368/76**, TODOS COMBINADOS COM O ART. 69 DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. **PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA**. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*

*1. Paciente condenado à pena de 15 anos de reclusão como incurso nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n.º 6.368/76, todos combinados com o art.69 do Código Penal, por ter sido surpreendido na posse de "52 kg de cocaina, bem como substâncias de xilocaína, cafeína, sulfato de magnésio, e, ainda, uma balança Toledo, uma balança Martin, duas prensas hidráulicas, marca Potent Brasil, de 60 e 100 toneladas, vários rolos de fita crepe, várias bacias de plástico, etc."*

*2. **A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da grande quantidade de droga apreendida, bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar "a periculosidade do réu, que se dedica ao nefasto e abjeto trafico quantidades expressivas de***



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

***entorpecentes."***

*3. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.*

*4. Ordem denegada."* (**HC** n. 212.752/SP, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe 01/02/2012, grifei)

*"PENAL.* ***HABEAS CORPUS. ARTIGOS 12 E 14 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS)****. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. REITERAÇÃO DE PEDIDO. DOSIMETRIA DA PENA.* ***FIXAÇÃO DA PENA-BASE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA****. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO.*

*[...]*

*III - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.*

*IV -* ***A grande quantidade de substância entorpecente apreendida é circunstância judicial que justifica o aumento da pena-base acima do mínimo legal. (Precedentes do STJ e do STF).***

*V -* ***Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de habeas corpus****.*

*[...]*

*Writ parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado."* (**HC** n. 66.080/SP, **Quinta Turma**, **de minha relatoria**, DJ 10/12/2007, p. 403, grifei)

**No que tange ao quantum de incremento da pena-base**, importa assinalar que a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de **1/6 (um sexto)** para aumento ou diminuição da pena pela **incidência das agravantes ou atenuantes genéricas,** e não pela incidência de **circunstâncias judiciais**



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

**constantes do art. 59 do Código Penal**, como defende a impetração.

Nesse sentido o seguinte julgado:

*"**HABEAS CORPUS** SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 PARA A REDUÇÃO DA PENA-BASE, ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO PROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*2. **A lei não prevê as frações a serem aplicadas no caso de incidência de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentada. Precedentes.***

*3. No caso, a redução da pena-base em 3 meses, pela atenuante da menoridade, foi menor que a fração comumente usada de 1/6 e sem a apresentação de qualquer fundamentação, o que demonstra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte.*

*[...]*

*6. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o semiaberto"* (**HC** n. 386.005/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 28/3/2017, grifei).

*"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. REVISÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ATENUANTE DA MENORIDADE. **QUANTUM** DE DIMINUIÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA ESCOLHA DE FRAÇÃO INFERIOR A 1/6 (UM SEXTO). PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.*

*I - A via do writ somente se mostra adequada*



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

*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).*

*II - No presente caso, há flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, pois não houve fundamentação idônea para desabonar a culpabilidade e os antecedentes. Ademais, o comportamento da vítima é circunstância judicial neutra, não podendo ser valorada em desfavor do réu, mas em seu benefício quando ela, de alguma forma, contribui para o cometimento do crime.*

*III - De igual modo, mostra-se flagrantemente desproporcional a redução da pena pela menoridade do paciente em apenas 6 (seis) meses - o que representava 1/37 (um trinta e sete avos) da pena-base -, devendo ser fixada a fração paradigma de 1/6 (um sexto), ante a ausência de motivação para a incidência em patamar inferior.*

*IV - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado. Precedentes.*

*Agravo regimental desprovido"* (AgRg no **HC** n. 370.184/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 22/5/2017).

**Ademais**, é cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, inciso IX, Constituição Federal), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

**Assim,** para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, **dentro da discricionariedade juridicamente vinculada**, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no **caput** do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; **antecedentes**; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

**Além disso,** não se admite a adoção de um **critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade, **como ocorreu no presente caso.**

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte Superior:

> *"**HABEAS CORPUS**. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REAL ABALO PSICOLÓGICO SOFRIDO PELAS VÍTIMAS, INCLUSIVE AS CRIANÇAS. TERCEIRA FASE. **QUANTUM** DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *1. Não há ilegalidade na fixação da pena-base se o Juiz justificou concretamente a medida em razão das consequências do delito, dado o abalo emocional sofrido pelas vítimas, inclusive as crianças, mantidas sob a mira de revólver municiado, engatilhado e manuseado pelo agente com dedo no gatilho. Não se trata de presunção ou motivação abstrata, mas de concreta justificativa. O Tribunal de origem inclusive destacou que a família submete-se a tratamento psiquiátrico desde os fatos até a atualidade, indicando os reflexos no cotidiano das crianças, que sofrem dificuldade de sono e sensação de medo constante. Considerando o mínimo e o máximo previsto para o tipo penal,*



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

*não se constata desproporcionalidade.* ***Esta Corte já decidiu que o quantum de acréscimo não depende da quantidade de circunstâncias judiciais, mas sim de adequada motivação. Não se trata de critério matemático****.*

*2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo da pena na terceira fase da dosimetria requer a devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte.*

*3. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de reduzir a pena aplicada aos pacientes para 8 (oito) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão"* (**HC** n. 387.992/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 15/5/2017 - grifei).

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO* ***HABEAS CORPUS****. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. EXPRESSIVO PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. APLICAÇÃO DO* ***QUANTUM*** *DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. OFENSA À RAZOABILIDADE NÃO VERIFICADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.*

*[...]*

*2. O elevado valor do prejuízo causado à vítima - R$ 70.000,00 - mostra-se devidamente justificado para o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta.*

*3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se dá com base em critérios matemáticos, tendo em vista que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, conforme estabelece o princípio do livre convencimento motivado.*

*4. Não se verifica violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pela exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão, em decorrência da valoração negativa de uma circunstância judicial (consequência do crime), para o delito previsto no art. 155, § 4º, do CP, cuja pena em abstrato varia de 2 a 8 anos.*

*5. Agravo regimental improvido"* (AgInt no **HC** n. 377.446/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 20/4/2017 - grifei).

*"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO*



Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E

*ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.*

*Os artigos 544 e 557 do Código de Processo Civil/73, aplicável subsidiariamente na área penal, autorizam ao relator apreciar de forma unipessoal recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, justamente o que se verificou no presente caso, em que se negou provimento ao agravo em recurso especial pois a pretensão recursal exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inexistindo, portanto ofensa ao princípio da colegialidade.*

*HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO.* ***CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTE DOS AUTOS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE.*** *FUNDAMENTAÇÃO EXPLICITADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE VÍCIO. RECURSO IMPROVIDO.*

*1. Na condenação, atento às peculiaridades do caso, deve o magistrado sentenciante guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no "caput" do artigo 59 do Código Penal, inexistindo critério puramente objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador.*

*2. Utilizada fundamentação concreta para a majoração da pena-base a título de culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime, não há irregularidade na dosimetria da pena.*

*3. Não há vício no acórdão recorrido que explicita os fundamentos adotados na sentença condenatória ensejadores da majoração da pena-base.*

*4. Agravo regimental a que se nega provimento"* (AgRg no AREsp n. 759.277/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/8/2016 - grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I.



**Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019**
**Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E**

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)
Relator



**Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019**
**Código de Controle do Documento: 72A55084-2887-4863-9329-A6B604AC377E**