

HABEAS CORPUS Nº 456.166 - RS (2018/0155444-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LUCIANO DE SOUZA VARGAS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de LUCIANO DE SOUZA VARGAS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n. 0087587-26.2018.8.21.7000).

Inferre-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 6 anos de reclusão, inicialmente no regime fechado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação, por ambas as partes, a Corte estadual deu parcial provimento ao recurso da defesa, concedendo os benefícios da assistência judiciária gratuita, e acolheu o inconformismo do Ministério Público, majorando a reprimenda para 7 anos de reclusão, com estes fundamentos:

[...]

Passo às questões atinentes ao apenamento, salientando que, no ponto, será feito o exame em conjunto das apelações, já que a Acusação pretende a exasperação da pena aplicada ao réu, enquanto a Defesa pleiteia a sua redução.

A culpabilidade do acusado entendida como a "reprovação social que o crime e o autor do fato merecem", não fugiu do ordinário.

O réu registra maus antecedentes, já que ostenta duas condenações definitivas (certidão de fls. 341/345), sendo perfeitamente possível a consideração de uma delas na primeira fase do cálculo dosimétrico e a outra para caracterizar a agravante de reincidência, sem que isso configure bis in idem. No caso, a condenação existente no processo nº 001/2.06.0083975-4 configura os maus antecedentes. Saliento que muito embora se trate de condenação cujo trânsito em

julgado ocorreu em 2008 - a par de não se ter notícia acerca da extinção da pena - não se aplica aos antecedentes o prazo depurador de cinco anos previsto no artigo 64, I, do Código Penal, já que este está afeto à caracterização da reincidência.

[...]

Não há nos autos informações suficientes para aferir a conduta social ou a personalidade da agente, salientando-se que inquéritos e ações penais em andamento não podem agravar a pena-base, na forma da Súmula 444 do STJ, sendo inviável, portanto, lastrear a negatização de referidas vetoriais com fundamento neles.

Motivos nada a destacar.

Consequências inerentes ao delito, uma vez que embora efetivamente graves, são inerentes ao tipo penal em que condenado o réu, não havendo, no caso concreto, apontamento de consequência concreta a autorizar a exasperação da pena base.

Nas circunstâncias do crime, destaca-se a expressiva quantidade de droga apreendida - 231 gramas de maconha justificando-se um incremento da basilar sob esse viés, na forma do artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Vítima, o Estado.

Por tais razões, observando a negatização dos antecedentes e circunstâncias do crime, fixo a pena-base em seis anos de reclusão.

Na segunda fase, presente a agravante de reincidência (condenação definitiva no processo nº 001/2.07.0003773-0, certidão de fls. 341/345), e sendo ela específica, possível um maior agravamento da pena.

Ademais, a jurisprudência do STJ já se manifestou no sentido de que o aumento em um ano pela agravante de reincidência nos casos de tráfico de drogas não se revela exagerado.

[...]

Logo, aumento a pena em um ano, restando definitiva em sete anos de reclusão, em regime fechado, diante da ausência de outras causas modificadoras.

[...]

Por fim, revendo meu posicionamento, concedo ao acusado o benefício da assistência judiciária gratuita diante da afirmação de que se trata de pessoa pobre na forma da Lei nº 1.060/50.

Diante do exposto, dou provimento ao apelo do Ministério Público para fixar a pena de LUCIANO DE SOUZA VARGAS em sete anos de reclusão, em regime fechado, e 600 dias-multa, à razão unitária mínima legal, e dou parcial provimento à apelação da Defesa para conceder ao réu o benefício de assistência judiciária gratuita (fls. 522/527).

No presente writ, a Defensoria Pública alega que o julgamento colegiado

impôs constrangimento ilegal ao réu, diante da fundamentação inidônea para majorar a pena-base.

Indeferido o pedido liminar e suficientemente instruído, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pela denegação da ordem (fls. 544/548).

É o relatório.

Decido.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, o presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição ao recurso próprio (cf.: HC 358.398/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 09/08/2016).

Embora seja possível a concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, essa não é a hipótese dos autos.

Isso porque da leitura do acórdão impugnado, verifico que o Tribunal *a quo* aumentou a pena-base com fundamento nos maus antecedentes do réu e na quantidade da droga apreendida, em conformidade com a jurisprudência desta Corte e com observância à determinação prevista no art. 42 da Lei n. 11.343/06, o qual assim dispõe:

Art. 42. 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 a conduta social do agente.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PENAS-BASE. MAUS ANTECEDENTES E QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGAS APREENDIDAS. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. QUANTUM DE AUMENTO PROPORCIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

V - Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas,

como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

VI - Na hipótese, verifica-se dos trechos acima colacionados que as penas-base dos pacientes foram elevadas acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes, ostentados pelo paciente NATANAEL, e pela quantidade e natureza da droga apreendida em relação ao réu IGOR. Este, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/06, e aquele nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal, segundo o qual, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do artigo 59 do Código Penal.

[...]

Habeas Corpus não conhecido (HC 455.824/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 30/08/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA DO WRIT. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base do paciente foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga, bem como dos maus antecedentes.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido (HC 401.138/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 31/08/2017).

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

