HABEAS CORPUS Nº 491.046 - MS (2019/0026745-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	JAIRO ALFONSO BULHOES VARELA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	LUIZ DIAS DE SOUZA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de LUIZ DIAS DE SOUZA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Apelação Criminal n. 0010749-94.2003.4.03.6000).

Depreende-se dos autos que o paciente e os corréus foram denunciados pela suposta prática das condutas descritas no art. 1º, incisos I e VII, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.613/1998, bem como no art. 347 do Código Penal.

Nos termos da peça acusatória, o corréu João Freitas de Carvalho, valendo-se da condição de piloto de avião, praticava o crime de tráfico internacional de entorpecentes, fazendo dessa atividade seu meio de vida. Esclareceu o titular da ação penal pública que o paciente integrava o grupo criminoso do corréu João Freitas de Carvalho desde 1995, ocasião em que foi preso. Destacou que o paciente era o responsável pelo embarque de cocaína na Bolívia, fazendo o acompanhamento da entrega no destino. Elucidou que o paciente adquiriu considerável patrimônio com os valores recebidos pelos crimes, notadamente a residência da Rua Caliandra, um automóvel Mercedes Benz, um automóvel Montana Sport, em reboque para embarcação e uma motocicleta Yamaha. O denunciante assinalou que os bens mencionados se encontravam em nome de terceiras pessoas sem respaldo financeiro.

Superadas as demais fases processuais, o paciente foi condenado, pelo crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 9.613/1998, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 140 (cento e quarenta) dias-multa; pelo crime descrito no art. 347, parágrafo único, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de detenção, a ser cumprida no regime aberto, mais pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa.

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

Em sessão de julgamento realizada em 7 de julho de 2015, os desembargadores integrantes da Segunda Turma declararam extinta a punibilidade do réu no tocante ao crime previsto no art. 347, parágrafo único, do Código Penal e, no mais, negaram provimento ao recurso.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fls. 330/331):

> *PENAL. DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS. CRIME ANTECEDENTE. PROVA. PENA.*
>
> *- Delito de lavagem de capitais que para se configurar independe do processo e julgamento do crime antecedente, bastando indícios suficientes de sua existência, que não faltam no caso dos autos. Inteligência do artigo 2º, II, e §1°, da Lei 9.613/98. Precedentes.*
>
> *- Mantido o decreto condenatório por delito artigo Iº, I, da Lei 9.613/98, assim como as penas aplicadas.*
>
> *- Pretensão formulada por terceiro prejudicado que já foi objeto de apreciação pela Turma no julgamento de incidente, nenhum elemento novo sendo dado a conhecer que já não tenha sido apreciado ou que infirme a solução deliberada pelo Colegiado.*
>
> *- De ofício declarada extinta a punibilidade do delito do artigo 347 do Código Penal pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao acusado Luiz Dias de Souza, prejudicado o recurso do réu no ponto e, no mais, negado provimento. Recursos de João Freitas de Carvalho, Marli Galeano de Carvalho, André Luiz Galeano de Carvalho, Anna Karoline Galeano de Carvalho, Célia Fernandes Alcântara e Rubens Riquelme Corrêa desprovidos.*

No Superior Tribunal de Justiça, esclarece a defesa que a condenação definitiva do paciente pelo crime de tráfico de entorpecentes foi utilizada pelas instâncias de origem para agravar a reprimenda dele na segunda etapa da dosimetria. Entretanto, a mesma circunstância foi considerada na primeira fase do cálculo da sanção, a título de maus antecedentes, situação de manifesto desrespeito ao disposto no enunciado 241 da Súmula desta Casa. Assere, ademais, que as circunstâncias judiciais foram consideradas desfavoráveis ao paciente com base em fundamentos genéricos, inerentes ao tipo penal. Diante dessas considerações, pede seja a pena-base reduzida ao mínimo legal.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 400/401).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não

conhecimento do presente remédio constitucional (e-STJ fls. 414/418).

É, em síntese, o relatório.

No que toca à dosimetria da pena, cumpre destacar que é o momento em que o magistrado, dentro dos limites abstratamente previstos na lei, aplica de forma fundamentada o *quantum* ideal de reprimenda a ser imposta ao condenado, obedecendo a um sistema trifásico.

A fixação das penas revela um labor regulado por princípios e regras constitucionais e legais, previstos no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, nos arts. 59 e 68 do Código Penal e no art. 387 do Código de Processo Penal.

Nessa toada, para chegar a uma aplicação justa e equânime da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve ater-se às singularidades do caso concreto para entregar a devida e substancial prestação jurisdicional.

A ponderação das oito circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal não se resume a uma simples operação aritmética, uma conta matemática que fixa pesos estratificados a cada uma delas. Tal ponderação enseja um verdadeiro processo que impõe ao magistrado apontar, de forma motivada, as balizas para a fixação da pena-base e aplicar a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato delituoso.

BITTENCOURT, ao citar Aníbal Bruno, descreve as circunstâncias judiciais como "condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos" (BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral, v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 550).

No caso em análise, o Tribunal de Justiça, para manter a sentença e a exasperação da pena-base, apresentou estas justificativas (e-STJ fls. 327/328):

> *Em relação às penas aplicadas, alega a defesa do acusado Luiz Dias de Souza que a sentença é genérica e que o juiz "deve considerar concretamente cada um dos requisitos do art. 59 do Código Penal e apreciar cada um deles em face dos elementos do processo", nesta linha de argumentação postulando seja declarada a nulidade da sentença quanto à dosimetria das penas ou a redução da reprimenda.*

> *Primeiramente, consigno que não há exigência de motivação considerando uma a uma as circunstâncias judiciais, sendo suficiente a indicação das circunstâncias consideradas desfavoráveis, quanto às não enunciadas presumindo-se não tenham influência na graduação segundo a convicção do juiz.*
>
> *Com efeito, o procedimento aventado constitui-se de explicitações redundantes, substancialmente não havendo diferença já no modo de proceder pela indicação das circunstâncias desfavoráveis consideradas suficientes para a pena aplicada e naquele em que expressamente se cobre de valorações, positivas ou negativas, todo o rol de circunstâncias judiciais. Nos dois casos o que há no final do percurso é uma pena fixada numa fase autônoma da dosimetria, no primeiro presumindo-se a desconsideração de circunstâncias irrelevantes, em suma devendo o juiz demonstrar sobre as circunstâncias que reputa desfavoráveis, ao que é inerente a idéia de que pela inexistência de outras igualmente desfavoráveis deteve-se em determinado patamar a pena aplicada.*
>
> *O Código Penal não obriga o juiz a primeiro fixar a pena-base considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis e depois mantê-la ou reduzi-la considerando-se as demais. Claro que nada impede proceda o juiz de tal forma mas erigir semelhante procedimento como dever de fundamentação é incidir na confusão de faculdades com deveres.*
>
> *Sobre a questão, convém anotar, pronunciou-se o STF, conforme ementa nestes termos redigida:*
>
> [...]
>
> *Feitas essas considerações, observo que no caso dos autos a sentença fixou a pena-base para o acusado Luiz Dias de Souza em três anos e oito meses de reclusão, justificando-se o acréscimo ao mínimo legal notadamente pela circunstância da culpabilidade, delito na dimensão comprovada nos autos exigindo planejamento e complexa organização de tarefas a revelar ousadia na consecução da empreitada delituosa, do que se segue a maior intensidade do dolo.*
>
> *O mesmo se aplica ao acusado João Freitas de Carvalho, ao qual a pena-base foi fixada em quatro anos de reclusão, a maior quantidade de acréscimo obviamente explicando-se pela maior envergadura de sua atuação no delito.*
>
> *Confirmam-se, destarte, as penas, que, com o aumento da reincidência, ficam mantidas na quantidade fixada na sentença.*

Nessa linha intelectiva, é indene a dúvidas que a exasperação da pena-base deu-se de forma substancialmente fundamentada, **destacando as instâncias de origem que o paciente sempre fez da traficância seu meio de vida, enriquecendo ilicitamente com os recursos provenientes do crime, bem como a complexidade de organização criminosa e ousadia na consecução do delito**. Desse modo, à luz dos

critérios elencados na lei penal, o colegiado local individualizou a pena, fundamentando o aumento em critérios de humanidade e de proporcionalidade, inexistindo reparo a ser feito nesta oportunidade.

No mesmo caminhar:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO CURAÇAO. CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22 DA LEI N. 7.492/1986. (I) COLABORAÇÃO PREMIADA. APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (II) COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR. COMPARTILHAMENTO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE USO DAS PROVAS COLHIDAS NO EXTERIOR E DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PARÂMETROS DE VALIDADE ATENDIDOS. ARTS. 13 E 17 DA LINDB. CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE PALERMO E CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE MÉRIDA. PRECEDENTES DESTA EG. CORTE SUPERIOR. (III) DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.*
>
> [...]
>
> *VII - **Esta Corte tem entendimento consolidado no sentido de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda pelo Superior Tribunal de Justiça, exceto se ocorrer evidente desproporcionalidade, quando caberá a reapreciação para a correção de eventuais desacertos quanto ao cálculo das frações de aumento ou de diminuição e apreciação das circunstâncias judiciais**.*
>
> *VIII - **In casu, a pena-base foi exasperada em razão da valoração negativa de duas circunstâncias judiciais - circunstâncias do delito e consequências do crime, revelando-se idônea e bem fundamentada a elevação acima do mínimo legal**.*
>
> *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1656153/PR, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018, grifei.)

> *OPERAÇÃO FÊNIX. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS APÓS O PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 26 DA LEI 8.038/90. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVOS IMPROVIDOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO E COMPROVAÇÃO. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INCABIMENTO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 381 E 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ESCUTA TELEFÔNICA, ESCUTA AMBIENTAL, DEFESA PRÉVIA*

> *E MESCLA DE RITOS. QUESTÕES DECIDIDAS EM HABEAS CORPUS. CONSUNÇÃO. TRÁFICO E LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIMES AUTÔNOMOS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.*
>
> [...]
>
> *8.* ***Não há ilegalidade qualquer na fixação das penas em decisão concreta e suficientemente motivada na complexidade, logística e número de pessoas envolvidas na organização criminosa, firmemente estruturada para a remessa contínua de entorpecentes para o exterior, além da constituição de duas pessoas jurídicas e aquisição de diversos bens, móveis e imóveis, colocados em nome de terceiros, o que se deu em período de tempo considerável, tudo a evidenciar o grande potencial ofensivo dos delitos de lavagem de dinheiro e tráfico de entorpecentes em que foram apreendidos grande quantidade e variedade de drogas - 462 kg de cocaína, 26.938 kg de maconha, 21, 8 kg de crack e 5,8 kg de haxixe****.*
>
> *8. Recursos improvidos.* (REsp 1342710/PR, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 02/05/2014, grifei.)

De mais a mais, observo que da alegação de desrespeito ao disposto no enunciado 241 da Súmula desta Casa não se pode se conhecer diante da falta de manifestação do Tribunal de origem sobre o tema, sob pena de configuração do chamado *habeas corpus per saltum*, a ensejar supressão de instância e violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal.

É adequado à espécie, nessa perspectiva, o ensinamento de Renato Brasileiro, que, ao apreciar a matéria, destacou a inviabilidade do "pedido de julgamento de *habeas corpus per saltum*, ou seja, do julgamento do remédio heróico pelas instâncias superiores sem prévia provocação das instâncias inferiores acerca do constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, sob pena de verdadeira supressão de instância e consequente violação do princípio do duplo grau de jurisdição" (LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 2470).

Nesse mesmo caminhar:

> *HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.* [...] *SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...] *10. O direito de recorrer em liberdade não foi objeto de discussão pela Corte de origem, motivo pelo qual se evidencia a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar o*

> *aludido tema posto no writ e a consequente supressão de instância.* [...]
>
> (HC 278.542/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015.)

Tal o contexto, **conheço em parte da impetração e, nessa extensão, denego a ordem de *habeas corpus***.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator