HABEAS CORPUS Nº 493.242 - RJ (2019/0041564-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
		LUIS ANTONIO SANTOS DE OLIVEIRA - RJ055055
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	CARLOS WILLIAN DIAS DE SOUZA
PACIENTE	:	FABIANO DE SOUZA JESUS
PACIENTE	:	GERALDO DA SILVA GORDO NETO

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de CARLOS WILLIAN DIAS DE SOUZA, FABIANO DE SOUZA JESUS e GERALDO DA SILVA GORDO NETO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação n. 0004118-16.2016.8.19.0014.

Infere-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau, pela prática dos delitos previstos nos art. 33, *caput*, e 35, c/c o art. 40, inc. VI, ambos da Lei n. 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal (tráfico de drogas e associação para o tráfico majorada pelo envolvimento de menores, em concurso material de crimes), às penas totais de 15 anos e 2 meses de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 2.099 dias-multa (Carlos e Fabiano) e de 13 anos 2 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, bem como o pagamento de 1836 dias-multa (Geraldo).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento aos apelos defensivos, para reduzir as penas à 11 anos e 8 meses de reclusão em regime fechado, e 1632 dias-multa (Carlos e Fabiano) e, à 10 anos, 3 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, e 1496 dias-multa, conforme acórdão acostado às fls. 72/98.

No presente *writ*, a impetrante sustenta desproporcionalidade na exasperação das pena-base, na fração de 2/5, dos pacientes em relação ao crime de tráfico, argumentando que no crime de associação, a pena inicial foi mantida no mínimo legalmente previsto.

Requer, assim, o redimensionamento da pena dos pacientes, mediante o afastamento do aumento da basilar no crime de tráfico.

As informações foram prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 112/115 e 116/134).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 136/141).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a redução das pena-base dos pacientes ao mínimo legal, no delito de tráfico.

A princípio, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar, de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

Os três pacientes e um corréu foram presos mantendo em depósito 681,8g de cocaína e 1.445,9g de maconha (fl. 78).

Nesse contexto, foram condenados por tráfico e associação para o tráfico de drogas majorada pelo envolvimento de menores, tendo o Juízo de primeiro grau fixado às penas totais de 15 anos e 2 meses de reclusão em regime fechado, além do pagamento de 2099 dias-multa (Carlos e Fabiano) e de 13 anos 2 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, bem como o pagamento de 1836 dias-multa (Geraldo).

O Tribunal estadual, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo defensivo, reduzindo as penas dos pacientes à 11 anos e 8 meses de reclusão em regime fechado, e 1632 dias-multa (Carlos e Fabiano) e, à 10 anos, 3 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado, e 1496 dias-multa. No tocante à exasperação da pena-base dos delitos, reduziu ao mínimo legal a reprimenda inicial do crime de associação. Transcrevo, no que importa, o seguinte fragmento do acórdão, *verbis*:

Quanto ao pedido de redução das penas-base dos

> *acusados Carlos Willian, Fabiano e Geraldo, assiste parcial razão à Defesa.*
>
> *(...)*
>
> *Com efeito, o artigo 42, da Lei nº 11.343/06, prevê critérios específicos para a fixação das penas na primeira etapa da dosimetria, ao dispor que "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", revelando que, a qualidade e a quantidade do material entorpecente encerram aspectos preponderantes na fixação da pena-base, justamente por revelar uma perspectiva de larga mercancia vil, de intensa lesividade para a saúde pública e para a sociedade em geral.*
>
> ***In casu, vê-se que foi apreendida uma grande quantidade e variedade de entorpecentes, consistentes em 681,8g de cocaína, acondicionados em 66 tubos plásticos do tipo "eppendorf, e em 530 embalagens plásticas transparentes do tipo "sacolé"; e 1.445,9g de maconha, acondicionados em tabletes (Doe. 000415).***
>
> ***Em observância às diretrizes dos artigos 42, da Lei 11.343/06, e 59 do Código Penal, aquele preconizando a preponderância da natureza, quantidade e diversidade de drogas apreendidas, e este a personalidade e a conduta social dos agentes, justifica-se a fixação das penas básicas, acima dos mínimos legais, em patamar compatível às tais circunstâncias.***
>
> *Todavia, verifica-se que, a sentença se utilizou dos mesmos fundamentos para elevar as penas-base dos delitos dos artigos 33 e 35, da Lei 11.343/06, incorrendo em bis in idem, pelo que as penas-base do crime de associação devem ser reduzidas para o mínimo legal, sendo empregada a fração de 2/5 para aumentar as penas-base do crime de tráfico ilícito, por ser mais condizente com os aumentos empregados nesse Colegiado* (fls. 84/91).

Da leitura, extrai-se, portanto, que a Corte estadual, na etapa inicial da dosimetria do delito, reduziu a exasperação da pena-base do delito de tráfico, estabelecendo a fração de 2/5, em razão da quantidade, natureza e da variedade das drogas apreendidas, e afastou o aumento no crime de associação ao fundamento de indevido *bis in idem*, porquanto o magistrado sentenciante havia apresentado a mesma motivação no recrudescimento inicial de ambas as infrações.

Inicialmente, verifico que os pacientes foram beneficiados pelo acórdão impugnado, porquanto não há falar em *bis in idem* decorrente da valoração negativa das mesmas circunstâncias judiciais e com idêntica fundamentação nos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas, pois são delitos diferentes.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CABIMENTO. ***TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS IGUAIS. VALORAÇÃO EM CRIMES DISTINTOS. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA.*** *FUNÇÃO DE LÍDER DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. 1/6 SOBRE O MÍNIMO LEGAL, PARA CADA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO QUALIFICADA UTILIZADA COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA CONDENAÇÃO. ATENUANTE RECONHECIDA. TERCEIRA FASE. TRÁFICO INTERESTADUAL. CAUSA DE AUMENTO ESTABELECIDA EM FRAÇÃO SUPERIOR AO MÍNIMO SEM FUNDAMENTAÇÃO EFETIVA. REDUÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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.

- A fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

- Em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, como ocorre na espécie, 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, consoante o disposto no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006.

- O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do

agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

- Na hipótese, a quantidade da droga apreendida, realmente, desborda do ordinário do tipo criminal - 310 quilos de maconha (fl. 34) -, autorizando algum grau de incremento punitivo. O mesmo se diga do fato de o paciente exercer a função de um dos líderes da organização criminosa, mantendo contato com diversos outros traficantes e arregimentando pessoas para a mercancia ilícita, circunstância que, de fato, exprime a maior reprovabilidade de sua conduta e a gravidade concreta do delito.

- Embora haja motivação bastante para a fixação das penas-bases do paciente em patamar superior ao mínimo, deve a ordem ser concedida, de ofício, apenas para reduzir a elevação das reprimendas à fração mais adequada de 1/3 sobre o mínimo legal.

- Em relação à atenuante da confissão, cabe ressaltar que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, parcial ou qualificada, judicial ou extrajudicial, ou, ainda que acompanhada de alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade, for utilizada para fundamentar a condenação, é incabível o afastamento da respectiva atenuante. Inteligência da Súmula n. 545 desta Corte. Precedentes.

- No caso, a confissão do paciente, apesar de acompanhada de tese defensiva, foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação pelo tráfico de entorpecentes, de modo que deve ser reconhecida a atenuante prevista no art. 65, inciso III, "d", do CP.

- O quantum estabelecido para a majorante prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006 deve ser fundamentado com as características do caso, cabendo ao magistrado sopesar as nuances do tráfico interestadual de acordo com a situação concreta. Na espécie, a fração de 1/3 foi estabelecida sem qualquer fundamentação, motivo pelo qual deve ser reduzida para o mínimo legal de 1/6.

- Habeas corpus não conhecido.

- Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 11 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão e 1.735 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 461.100/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 09/04/2019).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RÉU CONDENADO COMO INCURSO NOS ARTS. 33, CAPUT, E 35, AMBOS DA LEI N. 11.343/06. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CRIMES DIVERSOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Hipótese em que a recorrente foi condenada pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, caput, e 35, ambos da Lei 11.343/06, por ter sido comprovado que ela e seu companheiro tinham em depósito no seu imóvel, para fins de comércio, 2,5 Kg de maconha. As instâncias ordinárias concluíram, ainda, que as circunstâncias do flagrante, especificamente a apreensão da expressiva quantidade de droga no quarto do casal e dos instrumentos para a comercialização da droga (3 balanças de precisão), bem como as prévias investigações policiais dando conta do intenso comércio ilícito na casa dos réus demonstravam o vínculo subjetivo entre a recorrente e seu companheiro na reiterada prática do comércio ilícito de entorpecentes.

2. Dessa forma, a pretensão de absolvição pelos delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, este último sob a alegação de falta de comprovação da estabilidade e permanência entre os réus, demanda, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em recurso especial (Súm. 7/STJ).

3. O aumento da pena-base em 1 ano de reclusão, fundado na quantidade de droga (2,5 Kg de maconha), pelos delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, atende ao disposto no art. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. Ao contrário da tese da defesa, não há que se falar em bis in idem na consideração da quantidade de drogas para majorar a pena-base, tanto em relação ao delito de tráfico (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) quanto ao de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), uma vez que se tratam de crimes diversos.

5. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da reformatio in pejus, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu. Precedentes.

6. "É vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a quaestio veiculada no recurso especial, inovando questões não suscitadas anteriormente" (AgRg no REsp 1378508/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 7/12/2016).

7. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 736.226/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 22/11/2018).

Ademais, o incremento da pena-base do delito de tráfico está justificado na grande quantidade, variedade e na natureza das drogas apreendidas (681,8g de cocaína e 1.445,9g de maconha), em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art.

59 do Código Penal – CP. A fração de 2/5 mostra-se mais razoável, considerando, sobretudo, a gravidade do fato e os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas (5 a 15 anos de reclusão).

A propósito, confiram-se os seguintes precedentes:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONTINUIDADE DELITIVA. ACRÉSCIMO COM BASE NO NÚMERO DE INFRAÇÕES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. PRECEDENTES.*
>
> *I - Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, "aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações" (HC n. 342.475/RN, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 23/2/2016).*
>
> *II - In casu, tratando-se de quatro crimes, o quantum de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, pela configuração do crime continuado, deve ser no patamar legal de 1/4 (um quarto).*
>
> ***III - A pena-base foi exasperada em 2 (dois) anos acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida em poder dos réus (109 pedras de crack), estando, de fato, fundamentado o aumento, pois se encontra em sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06 e art. 59 do Código Penal.***
>
> *Agravo regimental desprovido* (AgRg no AREsp 1012270/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/05/2018).

> *PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACÓRDÃO. DESNECESSIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA INTIMADA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE RECURSAL. APLICAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. APELO EXCLUSIVO DA DEFESA. DOSIMETRIA. EXCLUSÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO DA EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO*

ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

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.

2. A discussão acerca da alegada ausência de intimação pessoal do paciente da sentença condenatória não foi debatida no Tribunal de origem, motivo pelo qual não pode esta Corte Superior examinar a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

3. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

4. Hipótese em que se alega nulidade decorrente da ausência de intimação pessoal do réu acerca do teor do acórdão da apelação. O art. 392, I, do CPP refere-se à sentença, não se aplicando extensivamente ao julgamento de apelação.

5. "A jurisprudência firmada por esta Corte Superior de Justiça dispensa a intimação pessoal do réu do acórdão que julga a apelação, sendo suficiente a intimação pelo órgão oficial de imprensa, no caso de estar assistido por advogado constituído" (HC 353.449/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 30/8/2016), o que ocorreu no caso em exame.

6. A não interposição de recurso aos Tribunais Superiores pela Defensoria Pública não é causa de nulidade do processo, por violação do exercício da ampla defesa, por vigorar em nosso ordenamento jurídico, no âmbito dos recursos, o princípio da voluntariedade, aplicável, também, a este órgão.

7. "A jurisprudência desta Corte firmou compreensão no sentido de que, em face da regra processual da voluntariedade dos recursos, insculpida no art. 574, caput, do Código de Processo Penal, não está obrigado o defensor público ou dativo, devidamente intimado, a recorrer" (RHC 22.218/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 13/10/2008).

8. Sob o aspecto da extensão e da profundidade do efeito devolutivo na apelação, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que é permitido ao Tribunal de origem agregar novos fundamentos para manter a dosimetria fixada em primeiro grau, sem se falar em ofensa ao princípio da reformatio in pejus, desde que se valha de elementos contidos na sentença condenatória e não agrave a situação do réu.

9. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no

quantum aplicado.

10. Hipótese em que as instâncias antecedentes, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a grande quantidade de droga apreendida (1.918,8 g de cocaína) para fixar as penas-bases, pelos delitos de tráfico e de associação para o tráfico de entorpecentes, respectivamente, em 2/5 e 1/3 acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

11. Writ não conhecido (HC 351.239/AM, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA,DJe 19/12/2017).

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 12 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator