

HABEAS CORPUS Nº 507.178 - RJ (2019/0120868-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
THAIS CAMPOS VIEITAS ALVES - RJ121716
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LUCAS IAN AUGUSTO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em benefício de LUCAS IAN AUGUSTO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido no julgamento da Apelação n. 0010355-95.2018.8.19.0014.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06.

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento à apelação da defesa, nos termos da seguinte ementa:

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS. *Apelante preso em flagrante no interior de táxi, quando retornava para estabelecimento prisional no qual cumpria pena em regime semiaberto, transportando para fins de tráfico 213,9 g de substância entorpecente, além de um celular e dois carregadores. Material identificado pelo laudo de entorpecentes como sendo “Cannabis Sativa L” (maconha). Condenado que pretende ver-se absolvido por inexistência de provas, ou, alternativamente, a fixação das penas-base no patamar mínimo ou majorá-la na razão de 1/8, bem como o afastamento da causa de aumento do art. 40, III da Lei 11.343/06 e abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena afliativa. Impossibilidade de absolvição. Provas mais do que suficientes para a condenação do agente criminoso. Provas técnicas contundentes. Prova oral segura. Depoimento dos policiais coerentes e harmônicos. Validade. Súmula nº 70 do TJERJ. Contudo, cabe corrigir a sentença quanto à dosimetria da pena aplicada para reduzi-la. DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, tão somente para rever a dosimetria da pena, mantendo-se, no mais, a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. (fl. 10)*

No presente *writ*, a impetrante busca a redução da pena-base ao mínimo

legal, sob o argumento de que a basilar foi exasperada com suporte no mesmo fundamento utilizado para aumentar a reprimenda na terceira fase (art. 40, III da Lei de Drogas), caracterizando, portanto, indevido *bis in idem*.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 52/53).

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do ora paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, a controvérsia refere-se à pena-base.

Nesse ponto, os seguintes trechos:

Sentença

[...]

Por fim, cabe consignar que a majorante do art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, também restou amplamente demonstrada, porquanto o delito foi cometido nas - proximidades da Casa de Custódia Dalton Crespo de Castro para onde o acusado estava se dirigindo.

[...]

III - PASSO A APLICAÇÃO DA PENA.

Ia FASE: Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observadas, ainda, as disposições específicas do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, denoto que a culpabilidade, consistente no grau de reprovabilidade da conduta, foi além da normal do tipo. O réu era preso em regime semiaberto e se valia dessa condição para traficar drogas e objetos de interesse criminosos (celulares e carregadores) para dentro da prisão. O réu não ostenta maus antecedentes, assim entendidos como condenações criminais transitadas em julgado e que não constituam reincidência, em face do princípio constitucional de presunção da inocência (STJ, Súmula n.º 444). Contudo é reincidente e será objeto de agravamento na etapa própria. Inexistem elementos nos autos que permitam aferir a sua conduta social, nem estudo técnico que possibilite a avaliação da sua personalidade. Os motivos do crime são próprios do tipo. As circunstâncias e consequências do delito, apesar de graves, tanto para saúde pública quanto para a sociedade, não podem ser levadas em consideração para exacerbar a pena base, pois intrínsecas ao delito em apreço. Não há se falar em comportamento da vítima. Por fim, a natureza da droga não revela a necessidade de exasperação da pena.

Frente a isso, exaspero a pena base, fixando-a em 07 anos de reclusão.

2a FASE: Na segunda etapa, não incidem atenuantes. Porém, presente a agravante da reincidência (CP, art. 61, I), conforme FAC de fls. 89/94 e esclarecimento à fl. 95.

Majoro a pena em um ano, fixando-a, nesta fase intermediária, em 08 • anos de reclusão.

3a FASE: Ausentes causas de diminuição de pena. Reconheço a presença da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, na fração de 1/3 (um terço) em razão da elevada culpabilidade do réu, fixando a pena final em 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão. (fls. 45/46)

Acórdão

[...]

Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, observadas, ainda, as disposições específicas do art. 42 da Lei 11.343/06, denoto que a culpabilidade, consistente no grau de reprovabilidade da conduta, foi além da normal do tipo, pois o réu era preso em regime semiaberto e se valia dessa condição para traficar drogas e objetos de interesse criminosos (celulares e carregadores) para dentro da prisão. Verifico que o réu não ostenta maus antecedentes. Inexistem elementos nos autos que permitam aferir a sua conduta social, nem estudo técnico que possibilite a avaliação da sua personalidade. Os motivos do crime são próprios do tipo. As circunstâncias e consequências do delito, apesar de graves, tanto para a saúde pública quanto para a sociedade, não podem ser levadas em consideração para exacerbar a pena base, pois intrínsecas ao delito em apreço. Não há que se falar em comportamento da vítima. Por fim, a natureza da droga não revela a necessidade de exasperação da pena. Em vista disso, exaspero a pena base, fixando-as em 6 (seis) anos de reclusão e seiscentos dias multa, estes fixados no mínimo legal. Na segunda etapa, não incidem atenuantes. Porém, presente a agravante da reincidência (art. 61, I do CP), conforme FAC de fls. 89/94 e esclarecimento às fls. 95, porquanto, majoro a pena em um sexto (1/6), fixando a pena intermediária em 7 (sete) anos e 700 (setecentos) dias multa, mantidos no mínimo legal. Na terceira fase, ausentes causas de diminuição da pena, contudo, reconheço a presença da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, na fração de 1/5 (um quinto), restando estabelecendo a pena final em 8 (oito) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 840 (oitocentos e quarenta) dias multa, no valor unitário mínimo, mantida no mais, a sentença.

Por tais razões, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, tão somente para rever a dosimetria da pena, nos termos acima preconizados, mantendo-se, no mais, a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. (fls. 15/16)

A defesa sustenta a existência de indevido *bis in idem*, ante a utilização do mesmo fundamento para aumentar a pena na primeira e terceira fases da dosimetria. Razão não lhe assiste.

Consoante os excertos acima colacionados, as instâncias ordinárias aumentaram a pena, na terceira fase, em decorrência de o ato criminoso ter sido praticado nas proximidades do estabelecimento prisional. Já a pena-base foi elevada, pela negatificação da circunstância judicial da *culpabilidade*, tendo como fulcro, sobretudo, a prática do delito enquanto o ora paciente estava cumprindo pena.

Assim, não resta caracterizada flagrante ilegalidade a ser sanada por esta Corte.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA LEI N. 9.296/1996. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. PRECEDENTE. NECESSIDADE DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI N. 9.296/1996. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE DEFERIMENTO DO MEIO PROBATÓRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 5º DA LEI N. 9.296/1996. INDICAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA PROVA POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTE. REEXAME DE PROVAS. FUNDAMENTO NÃO INFIRMADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ARTS. 5º, XLVI, E 93, IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUAESTIO AFETA AO STF. FUNDAMENTO NÃO INFIRMADO. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CP. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE LIMITES LEGAIS MÁXIMOS E MÍNIMOS. QUANTIDADE DE DROGAS. CULPABILIDADE. COMETIMENTO DE CRIME DURANTE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE NÃO INERENTE AO TIPO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PRECEDENTE. NEGATIVAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DIFERENTES ANOTAÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS.

Aggravo regimental improvido. (AgRg no AREsp

1136157/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018)

HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. PRISÃO DOMICILIAR. PLEITO NÃO SUBMETIDO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não debatida a matéria na instância ordinária, não cabe a este Superior Tribunal de Justiça inaugurar o enfrentamento da tese, sob pena de indevida supressão de instância.

2. O elevado grau de reprovabilidade da conduta (culpabilidade) configura circunstância apta a justificar o aumento da pena-base, quando indicados fundamentos concretos, como o fato de ter a acusada vindo de outra cidade somente para praticar os furtos, o que teria se concretizado em outras oportunidades.

3. A prática do delito durante o cumprimento de pena no regime aberto é fundamento apto a justificar a elevação da pena-base.

4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena.

5. Fixada a pena-base acima do mínimo legal e tratando-se de ré reincidente, mantém-se o regime inicial fechado, nos termos do art.

33, §§ 2º e 3º, c/c 59 do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir as penas a 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 12 dias-multa. (HC 400.229/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DECLINADA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. 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 individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Ainda que a corrupção de funcionário público constitua elementar do tipo penal do art. 333 do CP, não há se falar em indevido bis in idem, pois demonstrado o maior grau de censura da conduta a justificar o incremento da pena-base a título de culpabilidade, uma vez que o delito foi praticado dentro de estabelecimento prisional de segurança máxima, durante o cumprimento de pena, tendo havido tentativa de perverter agente penitenciário, o que denota a necessidade de maior resposta penal.

4. Writ não conhecido. (HC 370.977/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017)

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 11 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator