HABEAS CORPUS Nº 489.527 - RJ (2019/0012469-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	EDUARDO HERCULANO DA SILVA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	EDUARDO HERCULANO DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado de próprio punho e em seu benefício por EDUARDO HERCULANO DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos embargos infringentes e de nulidade n. 0409537-35.2009.8.19.0001.

Consta dos autos que o paciente/impetrante foi condenado pela prática dos crimes descritos no art. 33, da Lei n. 11.343/2006, e arts. 14 e 16, parágrafo único, ambos da Lei n. 10.826/2003, em concurso material, à pena de 17 (dezessete) anos, 3 (três) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.423 (um mil, quatrocentos e vinte e três) dias-multa, calculados no mínimo legal (e-STJ fls. 46-57).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, e teve o seu recurso parcialmente provido, por maioria, para reduzir a pena do réu para 17 (dezessete) anos de reclusão, mantidos nos demais termos da sentença recorrida (e-STJ fls. 58-60).

Opostos embargos infringentes e de nulidade, foram parcialmente acolhidos para reduzir a pena do acusado para 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 1.220 (um mil duzentos e vinte) dias-multa (e-STJ fl. 60)

Neste *writ*, o paciente/impetrante alega, em breves considerações, a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que houve *bis in idem* na fixação das penas dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 ambos da Lei de Drogas.

Sustenta que quantos aos crimes descritos nos arts. 14 e 16, parágrafo único, ambos da Lei n. 10.826/2003, *"foram elevados nos mesmos moldes, determina o Código Penal que em concurso material somente poderá ser acrescido um único aumento"* (e-STJ fl. 2).

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que se determine a readequação das penas *"dentro dos limites legais"* (e-STJ fl. 2).

Informações prestadas (e-STJ fls. 44-61).

Em parecer (e-STJ fls. 63-68), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, ou pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

Em atenção às petições apresentadas de próprio punho pelo paciente/impetrante às fls. 36-40, 72-75 e 79-81, indeferiu-se o pedido de redistribuição do presente feito, por ausência de qualquer hipótese de prevenção, nos termos do art. 71 do RISTJ.

Instada a se manifestar, a Defensoria Pública da União requereu a concessão da ordem, nos termos inicialmente pleiteados pelo impetrante/paciente (e-STJ fls. 88-91).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê

recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à dosimetria, constata-se que ao analisar os embargos infringentes e de nulidade o Tribunal de origem reduziu a pena do sentenciado para 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 1.220 (um mil duzentos e vinte) dias-multa, conforme os seguintes excertos do acórdão combatido (e-STJ fls. 16-23):

> *"O voto vencedor enfrentou a dosimetria realizada pelo magistrado de piso da seguinte forma:*
>
> *No que pese o ilibado saber jurídico esposado pelo douto magistrado de piso, tem-se que o mesmo exasperou a pena base do ora Apelante, quanto ao delito de Associação para o Tráfico, em fundamentos não devidamente comprovados nos autos, pelo que deve ser acolhido o pleito defensivo de redimensionamento da pena-base, afastando-se referida fundamentação.*
> *Dessa forma, quanto ao delito do artigo 35 da Lei nº 11.343/06, tem-se que deva ser estabelecida a pena-base um pouco acima de seu mínimo legal, tendo em vista a posição do acusado na Associação Criminosa seja, em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mantido o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa no valor unitário mínimo, firmando-se esta como pena final, tendo em vista a ausência de circunstâncias agravantes e ou atenuantes a serem reconhecidas, assim como de causas de aumento e ou de diminuição de pena.*
> *Relativamente aos delitos do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, e dos artigos 14 e 16 da Lei nº 10.826/03, tem-se que deva ser mantida a pena aplicada."*
>
> *Já o voto vencido assim a enfrentou:*
>
> *"A pena base do réu para o crime do art. 33 foi fixada acima do mínimo legal, na razão de elevação em 06 (sete) anos porque como ressaltou o i. Magistrado sentenciante "As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, acusado demonstra uma PERSONALIDADE TOTALMENTE CORROMPIDA e voltada para a vida criminosa. Prova disso os firmes testemunhos colhidos em audiência. o caráter retributivo-preventivo da pena".*
> *Assiste razão a defesa razão pela qual em aumentar a pena base do apelante acima do mínimo legal para as*

penas do art. 33 da Lei 11.346/2006, pois a decisão da magistrada de piso fundamentou o aumento da pena base na personalidade do agente.

Deste modo torno definitiva a pena do acusados em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (setecentos) dias-multa pela transgressão do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Ausentes outras causas de alteração das penas impostas no sistema trifásico, fixo em definitivo a pena para o crime do art.33 da Lei 11.343/2006 em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (setecentos) dias-multa.

Pelas mesmas razões já exposta na primeira fase, quando da análise da transgressão do art. 33 aplico a reprimenda, por terem infringido a norma do artigo 35 da Lei 11.343/2006, em 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa. Por não vislumbrar circunstância agravante ou atenuante, como também causa de aumento ou diminuição de pena no Código Penal ou na Lei 11.343/2006, torno-a definitiva para esta conduta em 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para cada um dos réus.

No que diz respeito aos crimes dos artigos 14 e 16 da Lei 10.826/2006, atento às diretrizes delineadas no artigo 59 da Lei.

Por outro lado, atendendo o princípio da individualização da pena e pelos motivos já expostos, fixo a pela por terem infringido a norma do artigo 14 da Lei 10.826/2003, por adquirir/manter sob guarda arma de fogo e munição de uso permitido, fixo a pena base acima do mínimo legal em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Ausente circunstância agravante ou atenuante, como também causa de aumento ou diminuição de pena no Código Penal torno-a definitiva para esta conduta em 2 (dois) de reclusão e 10 (dez) dias-multa para cada um dos réus.

No mesmo sentido, a fixação da pena do art.. 16 da lei 10.826/2006 por adquirir/manter sob guarda diversa armas de fogo de grosso calibre de uso proibido ou restrito (fuzis e metralhadoras), armas com numeração suprimida e farta quantidade de munição de diversas nacionalidades e munições de uso proibido ou restrito,

Fixo a pena base mínimo legal em 3 (três) anos de reclusão e 10 (doze) dias-multa para cada um dos réus.

Por não vislumbrar circunstância agravante ou atenuante, como também causa de aumento ou diminuição de pena torno-a definitiva para esta conduta em 3 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa para cada um dos réus.

Ante o concurso material de crimes, a pena total EDUARDO HERCULANO DA SILVA fica estabelecida

em 13 (treze) anos e 1220 (hum mil e duzentos e vinte dias-multa).
Por tais razões, com vênia dos entendimentos em contrário, ousei divergir da douta maioria no sentido dar-lhe parcial provimento, para reduzir a pena total do apelante para 13 (treze) anos e 1220 (hum mil e duzentos e vinte dias-multa), mantendo-se, no mais, a r. sentença recorrida".

Com efeito, percebe-se que o magistrado de piso não justificou adequadamente o incremento das penas-base do ora embargante. Isto porque, ao fixar a pena-base relativa ao delito do artigo 33 da Lei 11343/2006, apontou que Eduardo Herculano da Silva demonstra uma personalidade totalmente corrompida e voltada para a vida criminosa, pautando-se, para tanto, nas anotações criminais do condenado, embora frisando que as mesmas não podem ser usadas como maus antecedentes.
Outrossim, aduz que devido às elevadas quantias de drogas movimentadas pelo acusado, entendeu por exasperar a pena-base em 01 ano de reclusão.
Já o incremento de mais 01 ano justificou pelas graves consequências causadas pela posição do réu na associação criminosa, porquanto fornecedor de drogas para diversas comunidades da maior e mais perigosa facção do Estado, além do elevado volume de material entorpecentes manejado.
No ponto, o voto vencedor apenas registrou entender dever ser mantida a pena aplicada na sentença monocrática, enquanto que o voto vencido entendeu por reduzi-la ao patamar mínimo legal, sob o fundamento de que a sentença fundamentou o aumento da pena base na personalidade do agente.
Assim, tendo em vista que o entendimento esposado pelo magistrado de piso pautou-se na folha de antecedentes criminais e reconheceu que as anotações constantes de sua FAC não têm o condão de gerar maus antecedentes, consoante atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, a pena-base relativa ao delito de tráfico de drogas há de ser reduzida ao patamar mínimo legal, nos moldes do voto vencido.
Avançando-se ao ***delito de associação para o tráfico, o voto vencedor afastou os fundamentos trazidos na sentença de primeiro grau, reduzindo o acréscimo de dois anos da pena-base para apenas seis meses, justificando tal acréscimo de apenas seis meses em virtude da posição do acusado na Associação Criminosa.***
Já o voto vencido refutou qualquer acréscimo relativo ao

delito do artigo 35 da Lei 11343/2006 com os mesmos fundamentos utilizados em relação à análise do delito do artigo 33 da mesma Lei.

No ponto, ***entendo que, de fato, acertado o acréscimo de 06 meses realizado pelo voto vencedor, ao levar em consideração a posição de destaque do acusado na Associação Criminosa*** *(o embargante funcionava como um ajudante do réu Antônio Jorge Gonçalves dos Santos, vulgo "Toni", no Rio de Janeiro, recepcionando o material ilícito e posteriormente entregando aos traficantes. Assim, era o responsável por revender as armas e as drogas para a facção criminosa "Comando Vermelho).*

Destarte, correta a pena-base de 03 anos e 06 meses pela prática do delito de associação para o tráfico.

Já no que tange aos delitos dos artigos 14 e 16 da Lei 10826/03, entendo que a fundamentação utilizada pelo juízo de piso não se mostrou idônea a justificar qualquer acréscimo às penas base relativas a tais delitos.

Veja-se que acerca do delito do artigo 14 da Lei 10826/03, utilizou-se o magistrado de piso da seguinte justificativa:

"O réu comercializava arma de fogo de uso permitido, além de munições, para fornecimento às facções criminosas do nosso estado, gerando maior grau de reprovabilidade em sua conduta".

Já acerca do delito do artigo 16 da mesma Lei, salientou que "O réu também comercializava arma de fogo de uso restrito, com alto poder lesivo (fuzil), além de munições, ensejando, desta forma, um maior grau de reprovabilidade em relação ao mesmo. A gravidade do poderio bélico das facções criminosas é questão que muito tem indignado e abalado a nossa sociedade, além de causar graves perdas humanas".

Ocorre que tais "justificativas" não são aptas a lastrear qualquer aumento da pena-base, porquanto genéricas e já inerentes ao tipo penal.

Destarte, há de se prevalecer, quanto aos crimes relativos aos delitos da Lei 10826/03, as penas-base no patamar mínimo legal, conforme sustentado no voto vencido.

Diante do exposto, dirijo meu voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO aos embargos infringentes, para aquiescer a pena final em ***13 anos e 06 meses de reclusão e 1220 dias-multa****"* (grifei).

Da análise dos trechos acima transcritos, observa-se que as penas dos crimes previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, art. 14 e art. 16, ambos da Lei n. 10.826/2003, foram reduzidas ao mínimo legal, de forma que não há interesse de agir do paciente/impetrante quanto à dosimetria estabelecida na instância *a quo.*

Quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n.

11.343/2006), prevaleceu o aumento da pena-base em 6 (seis) meses de reclusão, em decorrência da "*posição de destaque do acusado na Associação Criminosa (o embargante funcionava como um ajudante do réu Antônio Jorge Gonçalves dos Santos, vulgo "Toni", no Rio de Janeiro, recepcionando o material ilícito e posteriormente entregando aos traficantes. Assim, era o responsável por revender as armas e as drogas para a facção criminosa "Comando Vermelho)".*

Sobre o tema, a jurisprudência desta Corte tem entendimento firmado de que a posição de liderança do paciente no grupo criminoso pode ser utilizada para majorar a pena do delito de associação para o tráfico.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. GRUPO DE GRANDE INFLUÊNCIA NA REGIÃO E QUE UTILIZAVA ARMAMENTO DE ALTA LESIVIDADE. CONSEQUÊNCIAS. EXPOSIÇÃO DOS MORADORES A CONSTANTE RISCO DE MORTE. CULPABILIDADE. POSIÇÃO DE DESTAQUE NO GRUPO CRIMINOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA PROPORCIONAL. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. A valoração negativa das circunstâncias e das consequências do crime encontra-se concretamente fundamentada no caso, pois, conforme consignaram as instâncias ordinárias, trata-se de grupo criminoso com atuação expressiva na região, que movimentava grande quantidade de drogas e armamentos de grosso calibre, bem como confrontava a ação policial constantemente, colocando em risco a população local.*
>
> ***2. É adequada a valoração negativa da culpabilidade dos réus que ocupavam posições de relevância dentro da associação para o tráfico, uma vez que sua conduta se torna mais reprovável na medida em que estes ascendem voluntariamente na hierarquia criminosa.***
>
> *3. A revisão das premissas fáticas consideradas na dosimetria da pena é inviável nos estreitos limites do habeas corpus.*
>
> *4. O legislador não estabeleceu parâmetros fixos para a fração de majoração da pena em razão da valoração negativa das circunstâncias judiciais. Esta tarefa está adstrita à prudente análise do Magistrado sentenciante que, no caso em apreço, adotou parâmetro que não se mostra flagrantemente desproporcional ou desarrazoado, não havendo razão para que o cálculo penal seja revisto nos limites restritos desta ação constitucional.*
>
> *5. Habeas corpus não conhecido.*
>
> *(HC 432.170/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 03/10/2018)*
>
> *HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE DO ACÓRDÃO VERGASTADO. DECISÃO CITRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADES DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE*

> *INTIMAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. INOBSERVÂNCIA DA LEI N. 9.296/96. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. DETRAÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. REVISÃO. ILEGALIDADE EM PARTE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO NO CONCERNENTE À DOSIMETRIA.*
> *[…]*
> ***VII - A circunstância relativa à posição de liderança do paciente no grupo criminoso pode ser utilizada para majorar a pena do delito de associação para o tráfico.***
> *[…]*
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, em parte, para reduzir as penas impostas ao paciente.*
> *(HC 404.692/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 08/05/2018)*

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator