

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 535.269 - SP (2019/0286074-7)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : ALEXSANDER SANTANA DE CASTRO
ADVOGADO : ALEXSANDER SANTANA DE CASTRO - SP431802
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : DOUGLAS REINALDO SILVA DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DOUGLAS REINALDO SILVA DE OLIVEIRA apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3.^a REGIÃO, no julgamento do *Writ* n. 5020616-22.2019.4.03.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 680 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Aduz o impetrante a existência de constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerando negativos os vetores dos antecedentes criminais, da personalidade e da conduta social.

Sustenta que as condenações consideradas para tanto datariam de mais de 34 anos, de maneira que, superado o período depurador, não poderiam ser utilizadas.

Alega, ainda, que não restou fundamentada a fixação do regime inicial de cumprimento de pena.

Requer a concessão da ordem para que seja redimensionada sua pena e mitigado o modo de cumprimento estabelecido para outro menos gravoso.

A liminar foi indeferida.

Informações foram prestadas.

O MPF manifestou-se pelo não conhecimento da impetração.

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 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

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

No tocante à aventada ilegalidade na valoração negativa da personalidade e conduta social do sentenciado, considerando as instâncias de origem processos transitados em julgado há lapso temporal superior a 5 anos, observa-se que a Corte impetrada manteve a exasperação operada pelo Togado singular, com os seguintes fundamentos:

"A leitura da sentença revela que o Juízo impetrado exasperou a pena-base do ora Paciente para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e

Superior Tribunal de Justiça

oitenta e três) dias-multa, em razão da valoração negativa dos antecedentes criminais, de sua personalidade e conduta social, pelos motivos do crime ("com o fim de obter lucro fácil") e em razão da quantidade e natureza da droga (25,4kg de cocaína).

Assim, ao contrário do quanto alegam os impetrantes, a exasperação não está fundada apenas na valoração negativa de uma única condenação penal datada de trinta e quatro anos atrás, mas em outras circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal) e consideradas a natureza e quantidade da droga (circunstância preponderante, conforme art. 42 da Lei nº 11.343/2006).

Consigne-se que, nos termos de reiterada jurisprudência deste Regional, a quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida no caso concreto é circunstância que, por si só, autorizaria a fixação da pena-base em patamar superior àquele indicado na sentença, não se vislumbrando aqui ilegalidade flagrante que autorize a concessão da ordem pretendida para reduzir a reprimenda imposta ao Paciente.

(...)

Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência não é pacífica acerca da possibilidade (ou não) de valoração negativa, como antecedentes criminais, de condenação transitada em julgado após ultrapassado o período depurador previsto no art. 64 do Código Penal. Assim, também tal argumento não revela a ilegalidade patente da decisão proferida pela autoridade dita coatora." (e-STJ fls. 30/33).

Da análise dos autos, observa-se que as instâncias de origem consideraram desfavoráveis ao paciente, além dos antecedentes, da personalidade e da conduta social, os motivos e a quantidade de droga apreendida com o sentenciado, o que ensejou o aumento de 1/6 em sua sanção inicial, que se mostrou significativamente benéfico ao sentenciado, levando-se em conta a quantidade de droga apreendida na hipótese – 25,42kg de cocaína (e-STJ fl. 43/111).

Quanto à alegação defensiva de que se trataria de histórico criminal muito antigo, este Sodalício entende que condenações transitadas em julgado, atingidas pelo período depurador previsto em lei, embora não caracterizem reincidência, podem ser consideradas como maus antecedentes.

Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações

Superior Tribunal de Justiça

anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedentes.

(...)

8. Writ não conhecido.

(HC 524.512/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019)

Ainda quanto ao ponto:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO PENA-BASE. CONDENAÇÕES ANTERIORES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Mostra-se válido o aumento da pena-base pelos maus antecedentes do réu, assim considerados, ante a existência de condenações definitivas, diversas da utilizada como reincidência.

2. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, a princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgInt no HC 382.424/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017)

Contudo, nos termos da jurisprudência deste Sodalício, recentemente reafirmada pela Terceira Seção, "eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da 5ª e da 6ª Turmas desta Corte".(EREsp 1688077/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2019, DJe 28/08/2019), fundamento que obriga o decote da consideração negativa das referidas circunstâncias, na hipótese.

Dessa forma, constatado o constrangimento ilegal no acórdão impetrado, impõe-se o redimensionamento da reprimenda básica, sendo adequada à hipótese sua redução para o *quantum* de 5 anos e 9 meses de reclusão, e multa, em razão da manutenção dos maus antecedentes, dos motivos e da quantidade de droga como circunstâncias desfavoráveis, especialmente esta última, que enseja um aumento proporcionalmente superior, diante do *quantum* apreendido.

Dessa forma, procedendo-se à nova dosimetria, nos termos da decisão ora exarada, a pena-base ficou fixada em 5 anos e 9 meses de reclusão e 560 dias-multa, a qual permanece inalterada na segunda fase, ante a ausência de agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, deve-se proceder ao aumento de 1/6 na reprimenda em razão da causa de aumento do inciso I do art. 40 da Lei de Drogas, ficando a pena definitiva em **6 anos, 8 meses e 15 dias de reclusão e 653 dias-multa**.

Por fim, no que se refere ao regime inicial, diante da pena fixada,

Superior Tribunal de Justiça

considerando a existência de circunstâncias judiciais negativas, mostra-se proporcional o agravamento do modo de cumprimento da pena, devendo ser mantido o fechado, nos termos da jurisprudência deste Sodalício.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. APREENSÃO DE EMBALAGENS E PRODUTO PARA REFINO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DIVERSA DA TRATADA NO ARE N. 666.334 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliados às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante.

2. Verifica-se que o Tribunal a quo decidiu pelo afastamento do benefício, concluindo que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa do tráfico, diante da quantidade da droga apreendida e das circunstâncias do fato, de maneira que entender diversamente, como pretendido, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

3. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

4. A quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamento idôneo para a imposição de regime inicial mais gravoso para o início de cumprimento da pena, no caso o fechado, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 1504732/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 24/09/2019)

Superior Tribunal de Justiça

Ainda quanto ao ponto:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO QUANTO À FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA SANAR O VÍCIO. MÉRITO. TRÁFICO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONFORMIDADE COM OS ARTS. 33 E 59 DO CÓDIGO PENAL E COM AS SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Embargos de declaração acolhidos para sanar omissão quanto à fixação do regime prisional.

2. A elevada quantidade de entorpecente apreendido no crime de tráfico (417,942kg de cocaína) é circunstância desfavorável que justifica a imposição do regime mais gravoso, nos termos dos arts. 33 e 59 do Código Penal e em harmonia com a orientação das Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

3. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos infringentes. (EDcl no HC 492.524/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 20/09/2019)

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não conheço** do *habeas corpus*, concedendo, contudo, a ordem de ofício, a fim de redimensionar a pena do paciente para 6 anos, 8 meses e 15 dias de reclusão e 653 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

Publique-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator