

HABEAS CORPUS Nº 481.732 - SC (2018/0320533-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
LUDMILA GRADICI CARVALHO DRUMOND - SC036422
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DIEGO DA COSTA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor DIEGO DA COSTA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que foi o paciente condenado, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, além do pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Isso porque, consoante narra a denúncia (e-STJ fl. 15):

No dia 17 de janeiro de 2018, por volta das 14h30min, na Avenida Osvaldo Reis, próximo ao Posto Sofia, bairro Fazenda, nesta cidade, policiais militares abordaram DIEGO DA COSTA e, em revista pessoal, localizaram 249 (duzentos e quarenta e nove) comprimidos de ecstasy - substância capaz de causar dependência física e/ou psíquica, que o denunciado trazia consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar para fins de venda, razão pela qual foi preso em flagrante. (Grifei.)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação no Tribunal de Justiça, que lhe negou provimento e, de ofício, afastou a agravante da reincidência, migrando-a para primeira fase, sem mudança na reprimenda, nos termos do acórdão assim ementado (e-STJ fl. 234):

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO. DOSIMETRIA – PENA-BASE – NATUREZA E NOCIVIDADE DA DROGA – ECSTASY – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – ADEMAIS, QUANTIDADE CONSIDERÁVEL – DESVALOR MANTIDO.

"Consoante firme entendimento desta Corte, na fixação da reprimenda básica, deve-se valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, conforme o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006" (STJ, Min. Jorge Mussi).

REINCIDÊNCIA – PENA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS –

AFASTAMENTO DE OFÍCIO – MIGRAÇÃO PARA A PRIMEIRA FASE – POSSIBILIDADE – REPRIMENDA FINAL INALTERADA.

"Ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal" (STJ, Min. Maria Thereza de Assis Moura).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Foram opostos embargos de declaração, tendo sido eles rejeitados por meio do acórdão assim ementado (e-STJ fl. 200):

PROCESSUAL PENAL EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONDENAÇÃO UTILIZADA PARA FINS DE REINCIDÊNCIA MIGRADA, DE OFÍCIO, PARA A PRIMEIRA FASE – EXTINÇÃO DA PENA HÁ MAIS DE CINCO ANOS – ALEGADA OMISSÃO QUANTO AO EMPREGO DO LAPSO DO ART. 64, I, DO CP TAMBÉM PARA MAUS ANTECEDENTES – QUESTÃO DEVIDAMENTE ABORDADA NO ACÓRDÃO – VÍCIO INEXISTENTE – PREQUESTIONAMENTO.

"Os embargos de declaração são cabíveis somente nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão ocorridas no acórdão embargado, sendo inadmissíveis quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivem novo julgamento do caso" (STJ, Min. Rogerio Schietti Cruz).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

No presente *writ*, a Defensoria Pública sustenta que, "*sendo ínfima a monta da droga apurada, a pena-base não poderia ter sido recrudescida em função da natureza/nocividade da droga, tendo em vista que o dispositivo legal expressamente preceitua que a natureza e a quantidade da substância proscrita deverão ser levadas em conta, e não a natureza ou a quantidade*" (e-STJ fl. 11).

Sublinha que o recrudescimento da pena-base em recurso exclusivo da defesa evidencia *reformatio in pejus*.

Assere, ainda, a desproporcionalidade da fração de aumento aplicada na primeira etapa do cálculo da reprimenda.

Diante disso, pede, em tema liminar, a suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento final do remédio constitucional.

No mérito, pretende seja declarada "*a ilegalidade ocorrida, para (a) excluir a negatização das circunstâncias do crime, ou, subsidiariamente, (b) fixar fração de 1/6 ao vetor antes desabonado*" (e-STJ fl. 14).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 216/219).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 276/283).

É o relatório.

Decido.

Com efeito, para os crimes relacionados ao tráfico de drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 esclarece que o magistrado, ao estabelecer a sanção, considerará, com preponderância sobre os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade do produto ou da substância apreendida. De fato, como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância entorpecente ou quanto maior a quantidade de droga apreendida em poder do agente, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa.

Na primeira fase de dosimetria, as instâncias de origem consideraram como desfavorável a circunstância relativa à quantidade de entorpecente apreendido. Contudo, a meu ver, tal exasperação mostrou-se desproporcional, sobretudo em razão de a quantidade de droga não ser expressiva – **249 (duzentos e quarenta e nove) compridos de ecstasy, pesando aproximadamente 55g (cinquenta e cinco) gramas**. Diante desse cenário, entendo que o aumento operado na primeira etapa da dosimetria da reprimenda, no pormenor, não está devidamente justificado, devendo ser afastado.

Passo, pois, à análise da alegação de *reformatio in pejus*.

No caso, o Magistrado sentenciante reconheceu, na segunda etapa do cálculo da reprimenda, a agravante da reincidência. Entretanto, tendo em vista que entre a extinção da pena e a prática do novo crime transcorreu prazo superior ao previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, o colegiado local afastou a mencionada agravante, assinalando, porém os maus antecedentes do réu.

A proibição de reforma para pior, sabemos todos, não admite, em caso

de recurso exclusivo da defesa, seja agravada a situação dos recorrentes, direta ou indiretamente. Nos termos do art. 617 do Código de Processo Penal, essa reforma prejudicial somente poderá ocorrer na hipótese de previsão legal de recurso de ofício, em que se devolve ao Tribunal de Justiça todo o conhecimento da matéria, assim como nas situações em que houver recurso da acusação.

Entretanto, na apreciação de recurso de apelação exclusivo da defesa, a Corte estadual não está impedida de manter a sentença recorrida com base em fundamentação distinta da utilizada em primeira instância, desde que respeitados a imputação apresentada pela pelo titular da ação penal, a extensão cognitiva da sentença combatida e os limites de pena impostos na origem.

Notem que o princípio em análise possui o objetivo de impedir que, em inconformismo exclusivo da defesa, o acusado tenha piorado sua situação. Não se proíbe, porém, que, na apreciação da sentença condenatória, possa o órgão de jurisdição superior, no exercício de sua competência funcional, agregar fundamentos à decisão recorrida, quer para aclarar-lhe a compreensão, quer para conferir-lhe melhor justificação. Noutras palavras, pode a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. Desse modo, ao Tribunal de Justiça, provocado a apreciar o cálculo da reprimenda, compete examinar as circunstâncias judiciais e rever os pormenores da individualização da sanção deliberados na sentença, mantendo ou diminuindo a sanção imposta na instância de origem.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de juris

dictio - encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal - no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo - melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 304.886/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 07/04/2015, grifei.)

HABEAS CORPUS. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. SEMI-IMPUTABILIDADE (ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP). IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1.º DO ARTIGO 2.º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SANÇÃO IGUAL A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS APONTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. NON REFORMATIO IN PEJUS. REGIME SEMIABERTO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

4. ***Pelo princípio da non reformatio in pejus, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.***

5. Na hipótese, os fundamentos acrescidos pelo Tribunal de origem, embora não sejam suficientes para a fixação do regime inicial fechado, são o bastante para a fixação do regime inicial semiaberto.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, ex officio, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 362.247/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 06/12/2016, grifei.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL E AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL DO ÚNICO FUNDAMENTO DO DECISUM AGRAVADO. SÚMULA 283/STF. SÚMULA 182/STF. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA ESTATAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA EM CONSONÂNCIA COM OS DISPOSITIVOS DA LEI N. 9.296/1996 E COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MOTIVADA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. OBITER DICTUM. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE JUNTADA DE CÓPIAS DE DECISÕES ACERCA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÃO DE DECIDIR. LEGALIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO E NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL POR CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NÃO SE AMOLDA NAS HIPÓTESES DE RETROATIVIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DEFESA, CONFORME EARESP N. 386.266/SP. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 619 DO CPP.

[...]

7. Na apelação defensiva, mediante o princípio do livre convencimento motivado, é plenamente possível a modificação da fundamentação referente às circunstâncias judiciais, para fins de individualização e redimensionamento da pena, desde que não resulte agravamento da situação do réu - o que não ocorreu no caso concreto -, não havendo falar em ofensa ao princípio da non reformatio in pejus.

[...]

18. Todos os embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 1343856/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016, grifei.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO FISCAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. RECURSO DE APELAÇÃO EXCLUSIVO DA DEFESA. DESLOCAMENTO DE VETORIAL DA TERCEIRA PARA A PRIMEIRA FASE DE DOSIMETRIA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. PENA REDUZIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. SÚMULA 267/STJ. APLICAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCINDIBILIDADE. DEFERIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

3. O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza ao Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, reconhecidas pela sentença condenatória como desfavoráveis, melhor explicitando-as, bem como a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção; não havendo falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada, o que no presente caso, como visto, não ocorreu (AgRg no AREsp 756.758/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016).

[...]

8. Agravo regimental improvido, determinando-se a execução provisória da pena.

(AgRg no REsp 1326235/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016, grifei.)

O Supremo Tribunal Federal possui idêntica orientação:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REFORMATIO IN PEJUS. CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CORRETA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS NA SEGUNDA INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. [...]. 2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida. 3. Inexistência de reformatio in pejus. [...]. 6. Ordem denegada. (HC 106.113/MT, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 31/1/2012, grifei.)

Nesse tear, não observo manifesta ilegalidade ou teratologia na fundamentação apresentada pelo Tribunal de Justiça com o objetivo de justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista os maus antecedentes do réu, pois foi respeitado o limite da reprimenda estabelecida na origem e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida.

Redimensiono, portanto, a sanção do réu, afastada a valoração negativa

da quantidade do entorpecente da primeira etapa da dosimetria.

Na primeira fase, reconhecidos os maus antecedentes do paciente, fixo a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal – 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda etapa, mantenho a redução diante do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, retornando a sanção ao mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Ausentes causas de aumento ou de diminuição, torno a reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Permanece o regime fechado para o início do cumprimento da sanção, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável ao réu – art. 33, § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo em parte a ordem** para afastar, da primeira etapa do cálculo da reprimenda, a valoração negativa da quantidade de droga apreendida e, assim, redimensionar a pena definitiva do paciente para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, nos termos acima referidos, mantidas as demais disposições do acórdão local.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator