



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.954 - RS (2017/0163155-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ELVECIO GRACZYK DUARTE**
ADVOGADO : **ELVÉCIO GRACZYK DUARTE - RS071232**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PACIENTE : **MARCIO DA CRUZ DOS SANTOS**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. ERRO NO CÁLCULO PENAL. READEQUAÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. TEMA NÃO APRECIADO PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em um ano de reclusão com fundamento na quantidade e na natureza das drogas apreendidas (260,30g de *crack* e 160g de cocaína), bem como nos maus antecedentes do paciente, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos) e a preponderância de tais circunstâncias nos termos do art. 42 da Lei de Drogas.

4. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

5. Verificado que o Juízo sentenciante incorreu em erro no cálculo penal, pois fixou a pena intermediária em patamar superior ao resultado da soma da sanção inicial (6 anos) com o acréscimo pela agravante da reincidência (1 ano e 2 meses), cabe o deferimento da ordem, de ofício, para se aplicar ao paciente o apenamento correto.

6. O pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, além de ter sido deduzido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem fundamentação alguma, não foi objeto de debate na Corte de origem, o que impede a sua análise diretamente no Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer erro no cálculo penal e estabelecer a sanção final em 7 anos e 2 meses de reclusão mais pagamento de 600 dias-multa, mantido o regime fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.954 - RS (2017/0163155-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ELVECIO GRACZYK DUARTE
ADVOGADO : ELVÉCIO GRACZYK DUARTE - RS071232
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCIO DA CRUZ DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **MARCIO DA CRUZ DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 600 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega o impetrante ser inidôneo e desproporcional o aumento da pena-base com fundamento apenas em elementos genéricos e próprios do tipo penal.

Requer, assim, a fixação da reprimenda básica no mínimo legal ou próximo a ele, bem como o reconhecimento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Informações prestadas (e-STJ, fls. 14-57 e 69-99).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 59-63).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.954 - RS (2017/0163155-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ELVECIO GRACZYK DUARTE**
ADVOGADO : **ELVÉCIO GRACZYK DUARTE - RS071232**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PACIENTE : **MARCIO DA CRUZ DOS SANTOS**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. ERRO NO CÁLCULO PENAL. READEQUAÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. TEMA NÃO APRECIADO PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Hipótese em que a pena-base foi exasperada em um ano de reclusão com fundamento na quantidade e na natureza das drogas apreendidas (260,30g de *crack* e 160g de cocaína), bem como nos maus antecedentes do paciente, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos) e a preponderância de tais circunstâncias nos termos do art. 42 da Lei de Drogas.

4. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

5. Verificado que o Juízo sentenciante incorreu em erro no cálculo penal, pois fixou a pena intermediária em patamar superior ao resultado da soma da sanção inicial (6 anos) com o acréscimo pela agravante da reincidência (1 ano e 2 meses), cabe o deferimento da ordem, de ofício, para se aplicar ao paciente o apenamento correto.

6. O pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, além de ter sido deduzido sem fundamentação alguma, não foi objeto de debate na Corte de origem, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impede a sua análise diretamente no Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer erro no cálculo penal e estabelecer a sanção final em 7 anos e 2 meses de reclusão mais pagamento de 600 dias-multa, mantido o regime fechado.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Em primeiro grau, a dosimetria da pena foi estabelecida nos seguintes termos:

"Analisadas as provas, passo à aplicação das penas privativas de liberdade, com lastro nos artigos 42 da Lei nº 11.343/06 e 59 do Código Penal.

Quanto ao réu MÁRCIO DA CRUZ DOS SANTOS:

A natureza das drogas apreendidas é 'cocaína' e 'crack', substâncias que prejudicam a saúde. A quantidade da droga é significativa. A culpabilidade, entendida esta como juízo de reprovação a ser realizado sobre a conduta perpetrada pelo agente, revela censurabilidade ordinária. O réu possui antecedentes, pois registra duas sentenças penais condenatórias em seu desfavor, das quais, usarei uma nessa fase (034/2.03.0000526-8) para reconhecer como mau antecedente, e a outra na segunda fase da aplicação da pena, quando da análise da agravante da reincidência. A conduta social e a personalidade não foram reveladas. Os motivos são inerentes ao tipo penal, pois estão ligados ao lucro fácil. As circunstâncias e as conseqüências foram próprias da espécie. Não há falar em comportamento da vítima para a ocorrência do evento. Dessa forma, sopesadas as operadoras anteriormente analisadas e o artigo 42 Lei nº 11.343/2006, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão.

Ausente atenuantes. Reconheço, em desfavor do réu, a agravante da reincidência, capitulada no artigo 61, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que, ao tempo do fato, já havia em seu menoscabo sentença penal condenatória transitada em julgado, também pela prática dos delitos e tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico de drogas (processo nº 029/2.09.0005255-7; trânsito em julgado em 14/05/2013, fl. 237 e verso), motivo por que elevo em 01 (um) ano e 02 (dois) meses a pena-base até então estabelecida, fixando a pena provisória em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

Deixo de aplicar a minorante do tráfico privilegiado, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, tendo em que o vista que o réu registra maus antecedentes e é reincidente específico. Desse modo, uma vez que ausentes outras operadoras, a pena definitiva é mantida em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão". (e-STJ, fls. 84-85).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte de origem ratificou a pena aplicada na sentença condenatória, em decisão assim motivada:

"Não procede a pretensão de afastamento do aumento da basilar justificado nos maus antecedentes.

A condenação anterior transitada em julgado alcançada pelo prazo de 05 (cinco) anos (art. 64, I, do Código Penal) não é caracterizadora de reincidência, mas sim de 'maus antecedentes'. Este é o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Embora o embargante mencione decisões do Supremo Tribunal Federal, na Corte Suprema a questão ainda não se encontra consolidada:

[...]

A matéria teve sua repercussão geral reconhecida (RE nº 593.818-RG/SC, de relatoria do Ministro Roberto Barroso), porém ainda não foi discutida no Plenário da Corte.

Neste contexto, a exasperação da basilar foi, na sentença, concretamente justificada nos maus antecedentes e, assim, vai mantida.

Pelo exposto, rejeito as preliminares e nego provimento ao apelo"(e-STJ, fls. 54-55).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Na hipótese, segundo se verifica, a pena-base foi majorada em 1 ano de reclusão tendo como fundamento a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (260,30g de *crack* e 160g de cocaína), assim como os maus antecedentes do paciente, diante do registro de condenação anterior, pelo delito de receptação, transitada em julgado em 18/6/2004 e extinta pelo cumprimento da pena em 10/7/2007.

Em relação à validade das condenações definitivas consideradas como maus antecedentes, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

A propósito:

"[...]

DOSIMETRIA. ANTECEDENTES. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E O NOVO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NA SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A existência de condenação anterior transitada em julgado autoriza a valoração negativa dos antecedentes do agente, ainda que ultrapassado o período de 5 (cinco) anos previsto no inciso I do artigo 64 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Encontrando-se o aresto combatido em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão defensiva esbarra no óbice previsto na Súmula nº 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1.068.053/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/8/2017, DJe 23/8/2017);

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. NULIDADE DO PROCESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. INEVIDÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÃO COM MAIS DE 5 ANOS DE TRÂNSITO EM JULGADO. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI N. 11.343/2006. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.

1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que, tratando-se de flagrante por crime permanente, no caso, por tráfico de drogas, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto a autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio do paciente, conforme previsto no 5º, XI, da CF.

2. Não há qualquer ilegalidade na valoração desfavorável dos antecedentes do paciente com base em processo cuja condenação definitiva por prazo superior a cinco anos. A teor da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes.

[...]

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 358.539/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017).

Dessa forma, tendo sido apontados elementos idôneos para a majoração da reprimenda (maus antecedentes e quantidade e natureza das drogas), não se mostra desarrazoada a elevação operada pelas instâncias antecedentes, sobretudo quando tais circunstâncias são elencadas como preponderantes nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, e as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos.

Por outro lado, embora não tenha sido suscitado pela defesa, de uma análise atenta das decisões impugnadas, observa-se que há erro no cálculo penal operado pelo Juízo de primeiro grau.

O aumento fixado na segunda fase da dosimetria de 1 ano e 2 meses, pelo reconhecimento da reincidência específica, somada à pena-base estabelecida (6 anos de reclusão), resulta num apenamento intermediário de 7 anos e 2 meses de reclusão, e não de 8 anos e 2 meses de reclusão, como posto. Logo, verificada a manifesta ilegalidade imposta ao paciente, é de rigor a concessão da ordem, de ofício, para se readequar a pena ao patamar correto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto a pena de multa, não há reparação a ser feita, uma vez que estabelecida mais favorável ao paciente (600 dias-multa).

Por fim, o pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, além de ter sido deduzido sem fundamentação alguma, não foi objeto de debate na Corte de origem, o que impede a sua análise diretamente no Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância (RHC 72.708/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 2/8/2016, DJe 22/8/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reconhecer erro no cálculo penal e estabelecer a sanção final em 7 anos e 2 meses de reclusão mais pagamento de 600 dias-multa, mantido o regime fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0163155-8

HC 406.954 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 70067614792

EM MESA

JULGADO: 03/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ELVECIO GRACZYK DUARTE
ADVOGADO : ELVÉCIO GRACZYK DUARTE - RS071232
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCIO DA CRUZ DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.