

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 619.776 - DF (2020/0271823-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADOS : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DF008161
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITORIOS
PACIENTE : ALEXANDRE ARAGAO SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ART. 349-A DO CP E TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO COM CHIP DE CELULAR EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CONDUTA ATÍPICA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CP. VALIDADE. AUMENTO DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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 conduta de ingressar em estabelecimento prisional com chip de celular não se subsume ao tipo penal previsto no art. 349-A do Código Penal, em estrita observância ao princípio da Legalidade, pois o legislador limitou-se em punir o ingresso ou o auxílio na introdução de aparelho telefônico móvel ou similar em estabelecimento prisional, não fazendo qualquer referência a outro componente ou acessório utilizados no funcionamento desses equipamentos.

3. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria.

4. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável dos antecedentes, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade.

5. Hipótese em que sendo pequena a ofensividade da conduta do agente (posse de 46,91g de maconha), tem-se como razoável o aumento da sanção inicial em 1 ano de reclusão, pela aferição desfavorável dos seus antecedentes (registro de 4

Superior Tribunal de Justiça

condenações anteriores pelo delito de roubo).

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente do delito previsto no art. 349-A do Código Penal por ser atípica sua conduta, bem como para reduzir a pena pelo delito de tráfico de drogas para 7 anos de reclusão e 700 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, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de abril de 2021 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 619.776 - DF (2020/0271823-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADOS : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DF008161
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITORIOS
PACIENTE : ALEXANDRE ARAGAO SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ALEXANDRE ARAGÃO SILVA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território, que deu parcial provimento ao apelo defensivo tão somente para afastar a condenação à pena de multa no tocante ao crime previsto no art. 349-A do Código Penal, mantida, contudo, a condenação pelos delitos de tráfico de drogas e ingresso de aparelho celular em estabelecimento prisional.

Nesta Corte, a defesa sustenta, preliminarmente, a atipicidade da conduta do réu de ingressar com chips de celular no estabelecimento prisional. Destaca que o art. 349-A do Código Penal faz referência tão somente ao aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, e não aos componentes isolados desse aparelho.

Argumenta, ainda, ser indevida a aferição de condenação anterior alcançada pelo período depurador do art. 64, I, do Código Penal a título de Maus antecedentes, sobretudo a registrado nos autos que foi extinta há mais de 10 anos da data do fato objeto desse *mandamus*.

Pontua que é desproporcional o aumento da pena-base em 2 anos pela aferição de apenas uma circunstância judicial.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja absolvido o paciente do crime previsto no art. 349-A do Código Penal ante a atipicidade da conduta, bem como seja reduzida a pena pelo delito de tráfico de drogas.

O MPF manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 619.776 - DF (2020/0271823-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADOS : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DF008161
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITORIOS
PACIENTE : ALEXANDRE ARAGAO SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ART. 349-A DO CP E TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO COM CHIP DE CELULAR EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CONDUTA ATÍPICA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CP. VALIDADE. AUMENTO DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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 conduta de ingressar em estabelecimento prisional com chip de celular não se subsume ao tipo penal previsto no art. 349-A do Código Penal, em estrita observância ao princípio da Legalidade, pois o legislador limitou-se em punir o ingresso ou o auxílio na introdução de aparelho telefônico móvel ou similar em estabelecimento prisional, não fazendo qualquer referência a outro componente ou acessório utilizados no funcionamento desses equipamentos.

3. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria.

4. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável dos antecedentes, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade.

5. Hipótese em que sendo pequena a ofensividade da conduta do agente (posse de 46,91g de maconha), tem-se como razoável o aumento da sanção inicial em 1 ano de reclusão, pela aferição desfavorável dos seus antecedentes (registro de 4 condenações anteriores pelo delito de roubo).

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente do delito previsto no art. 349-A do Código Penal por ser atípica sua conduta, bem como para reduzir a pena pelo delito de tráfico de drogas para 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, mantido o regime fechado.

VOTO

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

Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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.

Preliminarmente, vale anotar que assiste a razão a defesa quando afirma que a conduta de ingressar em estabelecimento prisional **com chip** de celular é atípica.

No caso, observa-se que o paciente foi condenado pelo delito previsto no art. 349-A do Código Penal porque "de forma livre e voluntária, ingressou com 3 (chips) de aparelho celular no presídio" (e-STJ, fl. 396). Segundo consta, o réu, após o retorno de saída temporária, passou mal na Penitenciária e foi levado ao hospital, onde foi submetido a uma cirurgia para a retirada de 3 chips de celulares e 25 invólucros com maconha e fumo do seu estômago.

Todavia, o referido tipo penal está assim previsto no Código Penal:

"Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional".

Como se verifica, o legislador se limitou em punir - basicamente - o ingresso ou o auxílio na introdução de aparelho telefônico móvel ou similar em estabelecimento prisional, **não fazendo referência a qualquer outro componente ou acessório utilizado para viabilizar o funcionamento desses equipamentos.**

Portanto, em decorrência da principiologia básica do direito penal (Legalidade), na falta de lei prévia que defina o ingresso de chip em estabelecimento prisional como comportamento típico (*nullum crimen sine lege*), impõe-se a absolvição do paciente pelo delito previsto no art. 349-A do Código Penal.

Em casos similares, esta Corte já se manifestou pela estrita observância ao princípio da legalidade na tipificação de condutas penais. Vejamos:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. TESE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE FORMAL. SUPOSTA ADULTERAÇÃO DA PLACA DE VEÍCULO SEMIRREBOQUE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DEMAIS TESES. PREJUDICIALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A conduta imputada aos Recorrentes é formalmente atípica, pois não se amolda à previsão do art. 311, caput, do Código Penal, já que, nos termos do art. 96, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro, existe diferença entre veículos automotores - previsto no tipo penal - e veículos semirreboques, de modo que, em atenção ao princípio da legalidade, é de rigor o trancamento da ação penal quanto ao delito em análise.

2. As teses relacionadas à prisão preventiva estão prejudicadas, devido ao reconhecimento do trancamento da ação penal em favor dos Recorrentes e, ainda, porque foram soltos em 15/05/2018 - conforme consta no sítio eletrônico da Corte de origem.

3. Recurso ordinário provido, a fim de trancar a ação penal deflagrada em desfavor dos Recorrentes, em razão da atipicidade formal da conduta que lhes foi atribuída na denúncia."

(RHC 98.058/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 07/10/2019)

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. ART. 41 DA LEI N. 9.605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO OBJETO MATERIAL DO DELITO. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. Vislumbra-se evidente constrangimento decorrente da ausência de justa causa para a deflagração de ação penal contra o recorrente que, supostamente, teria autorizado a realização de queimada em área não correspondente aos conceitos de "mata" e "floresta" previstos pelo art. 41 da Lei n. 9.605/98 para a configuração do crime em tela, não se configurando, portanto, à luz do princípio da legalidade, em seu aspecto taxatividade, o aludido delito ambiental.

2. Recurso provido, determinando-se o trancamento da Ação Penal n. 0393.02.002413-8, movida em seu desfavor perante o Juízo de Direito da comarca de Manga/MG."

(RHC 24.859/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 24/05/2010).

Quanto ao suposto excesso na dosimetria penal, melhor sorte não assiste à defesa.

O Tribunal de origem manteve a pena aplicada em primeiro grau sob a seguinte motivação:

"Na primeira fase, o Juiz sentenciante fixou a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão, em decorrência da análise desfavorável dos antecedentes, com a seguinte fundamentação:

Possui cinco sentenças condenatórias transitadas em julgado, conforme ID n° 53406204 (fls. 59/92 - roubo duplamente circunstanciado; fls. 61/66 - roubo simples, duas vezes; fls. 73/75 - falsa identidade; fl. 79 - roubo duplamente circunstanciado; e fl. 87 - roubo circunstanciado), de sorte que uma das sentenças será lançada a título de agravante na fase adequada (certidão de fls. 73/75) e as outras a título de Maus Antecedentes neste momento (certidões de fls. 59/92, 61/66, 79 e 87).

De fato, o réu possui 4 (quatro) condenações pela prática do crime de roubo definitivas, com trânsito em julgado em 02/09/2005 (ID 15585311 -

Superior Tribunal de Justiça

Pág. 55), 13/05/2009 (ID 15585311 - Pág. 61), 21/01/2008 (ID 15585311 - Pág. 79), 02/06/2007 (15585311 - Pág. 85), além de 1 (uma) condenação definitiva pela prática do crime de falsa identidade (trânsito em julgado em 16/10/2018, ID 15585311 - Pág. 71), portanto anteriores ao fato em análise (21/07/2019).

Cumprе ressaltar que a condenação mais recente (ID 15585311 - Pág. 71) foi reservada para aplicação na segunda fase, qualificando a reincidência, o que mantenho."

A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, **o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria**.

Na hipótese, observa-se que as instâncias ordinárias, em decisão motivada, sopesaram as 4 condenações definitivas pelos delitos de roubo registradas pelo paciente, "a indicar a prática reiterada de crimes patrimoniais como meio de vida", para exasperar a pena-base em 2 anos de reclusão.

No ponto, vale anotar que, ao contrário do sustentado, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável dos antecedentes, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade.

Confira:

"[...]

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.

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

Superior Tribunal de Justiça

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).

Todavia, levando-se em conta sobretudo a pequena ofensividade da conduta do agente (posse de 46,91g de maconha), tem-se como razoável o aumento da sanção inicial em 1 ano de reclusão, pela aferição desfavorável dos seus antecedentes.

Passo a readequação da pena:

A pena inicial parte de 6 anos de reclusão e 600 dias multa, em decorrência da valoração negativa dos maus antecedentes do agente. Na segunda fase, mantém-se inalterada, pois adequadamente compensada a atenuante da confissão com a agravante da reincidência. Na etapa final, majoro-a em 1/6 pela causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, resultando definitiva em **7 anos de reclusão e 700 dias-multa**.

O regime prisional permanece o fechado tendo como fundamento os maus antecedentes do réu.

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Todavia, concedo a ordem para absolver o paciente do delito previsto no art. 349-A do Código Penal por ser atípica sua conduta, bem como para reduzir a pena pelo delito de tráfico de drogas para 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, mantido o regime fechado.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0271823-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 619.776 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 07239359220198070001 7239359220198070001

EM MESA

JULGADO: 20/04/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADOS : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DF008161
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE : ALEXANDRE ARAGAO SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

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, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.