



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.868 - ES (2011/0060042-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : SAMANTHA PIRES COELHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : IRAN SOARES DE JESUS

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DE PENA. DIVERSAS ILEGALIDADES NA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (ART. 59 DO CÓDIGO PENAL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDUÇÃO DA PENA-BASE, COM AS ALTERAÇÕES DAÍ RESULTANTES. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado à pena de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão (que coincide com a pena-base), em regime inicial fechado, e ao pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque carregava consigo uma sacola contendo 23 (vinte e três) "buchas de maconha".

2. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

3. Ligeira leitura das decisões impugnadas demonstra que a elevação da pena-base padece, realmente, de várias ilegalidades.

4. A culpabilidade (*rectius*: grau de culpabilidade) prevista no art. 59 do Código Penal não se confunde com aquela que compõe o conceito analítico de crime.

5. A utilização de condenações penais transitadas em julgado para a valoração concomitante dos antecedentes criminais e da personalidade do agente resulta em intolerável *bis in idem*.

6. A busca de lucro fácil e a disseminação do vício de drogas, sendo elementos inerentes ao tipo penal de tráfico de drogas, não constituem argumentos idôneos para exasperar a pena-base do acusado.

7. Pesando contra o Paciente uma circunstância judicial (antecedentes criminais), não há como fixar a pena-base no mínimo legal, tal como requerido pelo Impetrante.

8. O aumento da pena-base seria suficiente para, eventualmente, estabelecer regime mais gravoso para início de cumprimento de pena. Todavia, não houve nas instâncias ordinárias apreciação do regime prisional com espeque nas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, sendo vedado a esta Corte Superior inovar na argumentação em ação de *habeas corpus* que interessa exclusivamente à defesa, sob pena de *reformatio in pejus*.

9. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, nos termos do voto da Relatora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de junho de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.868 - ES (2011/0060042-4)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : SAMANTHA PIRES COELHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : IRAN SOARES DE JESUS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de IRAN SOARES DE JESUS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo na apelação criminal n.º 035.080.138.007.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque carregava consigo uma sacola contendo 23 (vinte e três) "buchas de maconha".

Em grau de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, e, por conseguinte, manteve *in totum* a sentença, em acórdão assim ementado:

"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 – CONDENAÇÃO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA QUE A PENA-BASE FOSSE APLICADA EM PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – INOCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º, DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO – PROVIMENTO NEGADO. 1. Não merece respaldo a alegação de ausência de fundamentação para que a pena-base fosse aplicada em patamar acima do mínimo legal, na medida em que o delito que fora imputado ao recorrente estipula aplicação de pena que varia de 05 a 15 anos de reclusão, e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa. In casu, diante de 04 circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante, a pena-base lhe fora fixada de forma ponderada, ou seja, em 06 anos e 06 meses de reclusão e em 800 dias-multa. 2. 'Inexiste violação ao art. 59 do CP se a majoração da pena-base restou devidamente motivada pelo julgado que, face ao reconhecimento de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, elevou a pena um pouco acima do mínimo legal, em observância ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade'. (STJ - Recurso Especial nº 1106899/PE – Rel. Min Felix Fischer – 5ª Turma – julgado em 15/04/2010). 3. Com relação à aplicação da causa de diminuição de pena estabelecida pelo §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, esta não é aplicada se o paciente não é primário, não possui bons antecedentes e se dedica a atividades criminosas. 4. O próprio apelante confessou em juízo que já cumpriu pena de 10 anos, relativa à condenação de 21 anos, pela prática de crime de latrocínio, ocorrido em 1998, fato que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lhe a retira a qualidade de possuir bons antecedentes, impossibilidade a aplicação da sobredita minorante. 5. Recurso conhecido. 6. Provimento negado" (fls. 23/24).

No presente writ, o Impetrante limita-se a alegar erro na primeira fase da dosimetria da pena, pois as circunstâncias judiciais teriam sido valoradas negativamente sem fundamentação idônea para tanto.

Requer, liminarmente, a suspensão do curso da ação penal, até o julgamento final do *habeas corpus*; e, no mérito, a redução da pena-base ao mínimo legal, com as alterações daí resultantes.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 38/39.

Por estarem os autos suficientemente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal pugnou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.868 - ES (2011/0060042-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DE PENA. DIVERSAS ILEGALIDADES NA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (ART. 59 DO CÓDIGO PENAL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDUÇÃO DA PENA-BASE, COM AS ALTERAÇÕES DAÍ RESULTANTES. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado à pena de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão (que coincide com a pena-base), em regime inicial fechado, e ao pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque carregava consigo uma sacola contendo 23 (vinte e três) "buchas de maconha".

2. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

3. Ligeira leitura das decisões impugnadas demonstra que a elevação da pena-base padece, realmente, de várias ilegalidades.

4. A culpabilidade (*rectius*: grau de culpabilidade) prevista no art. 59 do Código Penal não se confunde com aquela que compõe o conceito analítico de crime.

5. A utilização de condenações penais transitadas em julgado para a valoração concomitante dos antecedentes criminais e da personalidade do agente resulta em intolerável *bis in idem*.

6. A busca de lucro fácil e a disseminação do vício de drogas, sendo elementos inerentes ao tipo penal de tráfico de drogas, não constituem argumentos idôneos para exasperar a pena-base do acusado.

7. Pesando contra o Paciente uma circunstância judicial (antecedentes criminais), não há como fixar a pena-base no mínimo legal, tal como requerido pelo Impetrante.

8. O aumento da pena-base seria suficiente para, eventualmente, estabelecer regime mais gravoso para início de cumprimento de pena. Todavia, não houve nas instâncias ordinárias apreciação do regime prisional com espeque nas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, sendo vedado a esta Corte Superior inovar na argumentação em ação de *habeas corpus* que interessa exclusivamente à defesa, sob pena de *reformatio in pejus*.

9. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, nos termos do voto da Relatora.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Conforme relatado, a insurgência do Impetrante cinge-se à primeira etapa da dosimetria da pena. Alega-se que as circunstâncias judiciais foram valoradas inadequadamente, ora sem a correspondente fundamentação, ora com argumentos que são inerentes ao próprio tipo penal.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Pois bem. O acórdão combatido limitou-se a manter a fundamentação da sentença, nos seguintes termos:

"Analisando detidamente os autos não verifica-se que circunstâncias judiciais foram avaliadas com judicialidade, na instância inferior, e, pelo, fato de 04 (quatro), das 08 (oito) circunstâncias, militarem em desfavor do apelante, a pena base lhe f.ora aplicada, corretamente, em patamar superior ao mínimo legal" (fl. 28).

Para o vislumbre de eventual ilegalidade, torna-se imperiosa, portanto, a apreciação das razões de decidir utilizadas pelo Juízo singular. Confira-se:

"Impõe-se a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, seguindo as diretrizes traçadas pelo artigo 68 do mesmo estatuto repressivo, em face do princípio constitucional de individualização da pena (CF, art. 50, XLVI e XLVIII).

Sua CULPABILIDADE está devidamente evidenciada, sendo reprovável sua conduta, pois, ao tempo da ação detinha a capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos, agiu com consciência da ilicitude, porém, dotado de total autodeterminação, pois sabia das consequências que o crime traz para a sociedade e conseqüentemente, do risco que corria em praticá-lo, mas, mesmo assim ao invés de se abster de praticar o crime, preferiu fazê-lo, sendo sua conduta altamente reprovável e repugnada pela sociedade; seus ANTECEDENTES: maculados pois constam diversos processos às fls. 80/83, tendo confessado em seu interrogatório, fls. 101/102 que teve sua pena unificada em 21 (vinte e um) anos de reclusão, já tendo cumprido 10 (dez) anos; PERSONALIDADE, não existem nos autos elementos suficientes à aferição da personalidade do agente, muito embora, tenha sido condenado em outros processos, o que leva a crer que sua personalidade está voltada para a prática de crimes- CONDUTA SOCIAL,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social, razão pela qual deixo de valorá-la. MOTIVOS DO CRIME, não há justificativa; as CIRCUNSTÂNCIAS, não lhe favorecem, tanto o local, quanto o modus operandi revela que o acusado agiu com intuito de obter riqueza fácil e ilícita, e, em consequência, tem sido uma das muitas dificuldades enfrentadas pelo Estado no combate à criminalidade, as CONSEQUÊNCIAS do ilícito são gravíssimas ante a disseminação do vício de drogas, sendo notória a violência e a criminalidade gerada e financiadas pelo narcotráfico, COMPORTAMENTO DA VÍTIMA, o crime em questão não tem vítima determinada, sendo toda a sociedade afetada por esta conduta, que a cada dia sofre mais com efeitos gerados. pelo tráfico.

Considerando tais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga, bem como a pena in abstracto para o crime e visando a prevenção e repressão do crime, fixo-lhe a pena base em 06 (seis) anos, 06 (seis) meses de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa.

Circunstância atenuante: Não existe circunstância atenuante a ser considerada, tampouco Circunstância agravante.

Causas de aumento: Não existe causa de aumento de pena a ser considerada.

Causas de diminuição: Também, entendo não existir causa de diminuição de pena a ser considerando em favor do acusado, pois a causa de diminuição de pena prevista do § 40 do artigo 33 da Lei de Tóxicos, deve ser aplicada a sentenciados que sejam primários, de boa conduta social, não integrem organização criminosa ou se dediquem à prática de crimes. Pelos elementos dos autos, entendo que o acusado não faz jus à minorante, razão porque deixo de aplicá-la.

Portanto, mantenho a pena no quanto aplicada após as análises circunstanciais, ou seja, 06 (SEIS) ANOS. 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 800 (OITOCENTOS) DIAS-MULTA, a qual torno definitiva, por não existirem outras. atenuantes, agravantes ou ainda causas especiais de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas- A pena de multa deverá ser calculada à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente na -data do fato, a ser paga em dez dias do trânsito em julgado da sentença, à míngua de qualquer outra causa judicial ou legal a considerar e por entender ser necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

A pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente em regime prisional fechado, nos termos do artigo 2º § 10 da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Mantenho o apenado no local em que se encontra custodiado, pois NÃO lhe permito recorrer da sentença em liberdade, diante da análise de sua condição e conduta pessoal.

Inviável a substituição da pena por restritiva de direito, tendo em vista a expressa vedação do artigo 44 da Lei nº 11. 343/06" (fls. 19/20).

Ligeira leitura do excerto supratranscrito demonstra que a elevação da pena-base padece, realmente, de várias ilegalidades.

Para começar, houve indevida mistura conceitual entre a culpabilidade (*rectius*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grau de culpabilidade) prevista no art. 59 do Código Penal e a culpabilidade que compõe o conceito analítico de crime, confusão de pensamento que é pacificamente vedada pela jurisprudência desta Corte Superior (v.g. HC 233.077/RO; HC 224.181/MG).

A personalidade foi valorada negativamente com base na existência de outras condenações. Todavia, a pena-base foi aumentada pelo mesmo fato relativamente aos antecedentes, havendo, nesse ponto, evidente *bis in idem*. Saliente-se que, embora não tenha sido juntada a documentação necessária, ficou consignado na exordial deste writ que, "*Com relação aos antecedentes, a defesa não se opõe à valoração feita pelo Tribunal de Origem, eis que esta se deu de forma correta*" (fl. 07), o que faz presumir que não há, no caso, violação à Súmula n.º 444/STJ. Em outros termos, a concordância da Defesa leva à constatação de que há condenação penal transitada em julgado capaz de caracterizar maus antecedentes, mas não reincidência, sobretudo porque não houve, na segunda fase, aplicação da agravante correspondente.

Os motivos, as circunstâncias, e as consequências do crime foram reprovados com base em argumentos inerentes ao tipo penal e, por isso, imprestáveis à exasperação da pena-base. É cediço que "*A busca do lucro fácil é inerente ao tipo penal de tráfico de drogas, não se prestando a agravar os motivos do crime*" (REsp 1059132/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 16/10/2012.), bem como que "*a grave ameaça à saúde pública', dissociada de elementos concretos, a demonstrar que o delito perpetrado pelo paciente tenha resultado em consequências mais graves do que as normais ao tipo penal, é insuficiente para agravar a pena-base, na medida em que a objetividade jurídica do bem jurídico tutelado é a própria incolumidade pública*" (HC 168.984/GO, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 21/05/2013.).

Ao comportamento da vítima e à conduta social, não há nada a ser considerado.

Com as ponderações acima, pesa contra o Paciente somente uma circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal: os antecedentes criminais. Não há, portanto, como atender ao pedido do Impetrante de fixar a pena-base no mínimo legal.

Sendo assim, reduzo a pena-base para **05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa**, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo, tornando-a definitiva ante a inexistência de modificações na segunda e terceira fase da dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime inicial para o cumprimento deve ser alterado para o **semiaberto**. Com efeito, a sentença, confirmada pelo acórdão impugnado, fixou como regime inicial para cumprimento de pena o regime fechado, mediante a aplicação da regra prevista no art. 2.º, §1.º, da Lei n.º 11.464/07 (Lei de Crimes Hediondos), que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Não é mais possível, portanto, fixar o regime prisional fechado com base no mencionado dispositivo.

Exemplificativamente:

"[...] 5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados". (HC 245.858/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013.)

Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e as Súmulas n.ºs 440 do Superior Tribunal de Justiça e 719 do Supremo Tribunal Federal.

No presente caso, o aumento da pena-base seria suficiente para, **eventualmente**, estabelecer regime mais gravoso para início de cumprimento de pena. Todavia, não houve nas instâncias ordinárias apreciação do regime prisional com espeque nas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, sendo vedado a esta Corte Superior inovar na argumentação em ação de *habeas corpus* que interessa exclusivamente à defesa, sob pena de *reformatio in pejus*.

Por outro lado, como já ressaltado alhures, as decisões em apreço entenderam que as folhas de antecedentes criminais acostadas à ação penal – não trazidas a este *writ* – não levavam ao reconhecimento da agravante de reincidência, mas somente à valoração negativa dos maus antecedentes.

Nesses termos, diante do *quantum* da pena aplicado, o cumprimento de pena deve ser iniciado em **regime semiaberto**.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus*, para, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para **05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa**, nos termos da fundamentação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0060042-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 200.868 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 35080138007

EM MESA

JULGADO: 18/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : SAMANTHA PIRES COELHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : IRAN SOARES DE JESUS

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.