



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.779 - ES (2011/0051226-7)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : MARCELO DA SILVA CANDIDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : FLARES AQUILES DE ÁVILA JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. *BIS IN IDEM*. ABSOLVIÇÃO. REEXAME APROFUNDADO DE PROVA. INVIABILIDADE. INTERESTADUALIDADE DA AÇÃO. FRAÇÃO DE AUMENTO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS VALORADAS NEGATIVAMENTE. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE DO AGENTE. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE MANIFESTA.

1. A jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça vem dizendo não ser admissível a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. É consabido que as instâncias ordinárias são soberanas em matéria de prova e que não se admite o reexame aprofundado do conjunto probatório na sede eleita.

3. No caso, inviável a pretensão de declaração da inocência do paciente pela ocorrência de *bis in idem*, bem como de inexistência de provas para a caracterização de associação para o tráfico.

4. Para o reconhecimento da causa de aumento de pena inscrita no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que *não é necessária a efetiva transposição das divisas dos Estados-Membros, bastando que fique evidenciado pelos elementos de prova que a droga [...] teria como destino localidade de outro Estado da Federação* (AgRg no REsp n. 1.107.176/MS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 30/5/2012).

5. Na espécie, apesar de o Tribunal local não ter debatido especificamente acerca da escolha da fração do aumento da reprimenda ante a interestadualidade da ação, é possível constatar que a sentenciante apresentou motivação concreta para tanto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites legais, deve eleger, de maneira fundamentada, o *quantum* ideal de pena, de modo a prevenir e coibir a prática do delito. Orientando-se pelos oito fatores indicados no *caput* do art. 59 do Código Penal, o magistrado busca fixar, assentado em elementos concretos, a pena mais justa possível. É essa fundamentação que oferece garantia contra excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

7. A motivação utilizada na origem para fixar a pena-base acima do mínimo legal, em razão da avaliação negativa de cinco circunstâncias judiciais, deve ser parcialmente afastada, porquanto inidônea.

8. É insuficiente a mera alusão ao alto grau de culpabilidade do agente, sem nenhuma referência a elemento concreto que indique tenha o réu extrapolado o limite da intenção ou da previsibilidade. Recai em ilegalidade a valoração negativa da personalidade, tida como voltada para o crime, desvinculada de fatores reais relacionados à boa ou má índole da pessoa. Inadequada, quanto aos motivos e às consequências do crime, a fundamentação quando é inerente ao próprio tipo penal, já considerada, portanto, pelo legislador quando da cominação da pena em abstrato.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem expedida de ofício, a fim de reduzir a pena privativa de liberdade do paciente a 4 anos e 9 meses de reclusão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 25 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.779 - ES (2011/0051226-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Marcelo da Silva Cândido, por carta, encaminha ao Superior Tribunal de Justiça pedido de *habeas corpus* em nome de **Flares Aquiles de Ávila Junior**.

Segundo o impetrante, o paciente foi preso em 1º/8/2008, processado e condenado pelo Juízo de Direito da comarca de Bom Jesus do Itabapoana/RJ, por incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, a cumprir 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado. Tal sentença está em fase de recurso para a instância superior.

Alega que, durante o cumprimento da reprimenda, sobreveio contra o paciente nova denúncia, agora de suposta prática do crime inscrito no art. 35, c/c o art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, na comarca de Apiacá/ES. Após a condenação a outra pena de 6 anos de reclusão, foi interposta apelação, em que se pugnava pela nulidade processual, em razão da incompetência do Juízo natural da comarca de Apiacá, pela absolvição por falta de provas ou pela diminuição da reprimenda, em razão da primariedade do réu.

Ao apelo o Tribunal de Justiça do Espírito Santo negou provimento – continua o impetrante –, mas dessa decisão o paciente não foi cientificado e, por isso, não teve oportunidade de recorrer à instância superior.

Requer seja nomeado defensor público para instruir recursos extraordinário e especial com os motivos apresentados na inicial de fls. 1/10.

Tendo em mãos o pedido, o então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), solicitou informações e intimou a Defensoria Pública, que não se manifestou.

As informações foram prestadas (fls. 23/26), e foram juntados documentos pertinentes à espécie (fls. 27/109).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi por mim indeferida.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou nestes autos em duas oportunidades. Na primeira, conforme as palavras do Subprocurador-Geral da República Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, pelo não conhecimento *da impetração e nova remessa dos autos à Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, com comunicação ao órgão disciplinar respectivo, para que, desta vez, cumpra seu mister de defender os necessitados, examine os autos e zele pelos direitos do paciente conforme estimar cabível* (fl. 128).

Em seguida, a Defensoria Pública apresentou petição de preferência no julgamento deste caso e o memorial de fls. 167/186.

Solicitei informações complementares, que foram prestadas às fls. 238/241 e 244/266.

Em sua segunda manifestação, o Ministério Público Federal apresenta parecer pela denegação da ordem. O Subprocurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros escreveu esta ementa (fl. 271):

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DE OUTRA COMARCA PARA PROCESSAR O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INOCORRÊNCIA. CRIMES AUTÔNOMOS. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. MATÉRIA PROBATÓRIA. INTIMAÇÃO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO POR PUBLICAÇÃO. LEGALIDADE. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ASSOCIAÇÃO ORGANIZADA E ATUANTE EM VÁRIOS MUNICÍPIOS. PACIENTE PRESO COM 2.675,5 GRAMAS DE MACONHA. AUMENTO DE PENA DECORRENTE DA INTERESTADUALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NA ESCOLHA DA FRAÇÃO DENTRO DO LIMITE LEGAL. PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À fl. 285, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo pede seja intimada pessoalmente *em relação a todos os atos processuais vindouros, especialmente quanto à inclusão em pauta para julgamento.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.779 - ES (2011/0051226-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A

Defensoria Pública, ao resumir os termos da impetração, sustenta que *o paciente almeja: (1) fazer valer o seu direito de recorrer; (2) a absolvição pela ocorrência de bis in idem; (3) a absolvição por falta de provas; (4) rediscutir a fixação da reprimenda imposta* (fl. 173).

Quanto ao primeiro ponto, digo que o réu não tem direito à intimação pessoal das decisões ou acórdãos proferidos em segundo grau ou nas instâncias superiores, restringindo-se tal direito à sentença condenatória, no caso de estar preso.

Afora isso, o paciente esteve assistido por defensor constituído (advogado Roberto Ribeiro Martins), o qual *acompanhou o paciente* – conforme as palavras da própria Defensoria Pública – *desde a origem até a etapa recursal, sempre configurando como patrono deste* (fl. 175). De acordo com os autos, foi o mencionado advogado intimado da pauta de julgamento da apelação criminal e do respectivo acórdão por meio da imprensa oficial, e não recorreu.

Não há falar em falta de garantia do direito do réu em recorrer do acórdão do Tribunal local, pois cabe à defesa a conveniência e a oportunidade a respeito de eventual interposição de recurso especial ou de extraordinário.

Acerca da temática, eis, entre tantos, os seguintes julgados:

[...]

1. Na linha da iterativa jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal, a regra do art. 392 do Código de Processo Penal, segundo a qual o réu preso deve ser intimado pessoalmente da sentença, não se estende às decisões de tribunais.

[...]

(HC n. 125.708/SC, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 30/11/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

V. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a intimação pessoal do réu mencionada no art. 392 do Código de Processo Penal, se faz necessária tão somente em relação às decisões de primeiro grau, não alcançando as intimações em segundo grau e das instâncias superiores.

[...]

(HC n. 222.217/SC, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 20/6/2012)

[...]

1. O Paciente foi devidamente assistido por defensor nomeado pelo juiz durante toda a instrução criminal, tendo sido intimada a defesa de todos os atos processuais.

2. O Advogado dativo efetivamente cumpriu seu mister de patrocinar a causa, atuando em todos os atos processuais em que lhe competia manifestar-se, apresentando memoriais, alegações finais e interpondo recurso de apelação da sentença condenatória.

3. Segundo o que prevê o art. 392, incisos I e II, do Código de Processo Penal, a obrigatoriedade de intimação pessoal do acusado somente ocorre se este se encontrar preso, podendo ser dirigida unicamente ao patrocinador da defesa na hipótese de réu solto.

[...]

5. Em face do princípio da voluntariedade recursal, insculpido no art. 574, *caput*, do Código de Processo Penal, cabe à defesa a conveniência e oportunidade a respeito de eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. A ausência de interposição dos recursos extraordinários não caracteriza, por si só, deficiência da defesa técnica.

[...]

(HC n. 161.430/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 15/3/2012)

[...]

1. No sistema brasileiro vige o princípio da voluntariedade, inserto no art. 574, *caput*, do CPP, cuja previsão não obriga a defesa a interpor recurso de decisão desfavorável ao réu.

2. Comprovado que os advogados constituídos para exercer a defesa da paciente foram devidamente intimados acerca do teor do acórdão proferido no julgamento da apelação criminal, não há que se falar em ofensa ao princípio do devido processo legal porque tais defensores não interpuseram recursos para as instâncias superiores.

3. Transitada em julgado a condenação sem que houvesse inconformismo e tendo o trâmite processual obedecido a todas as regras constitucionalmente garantidas, não caracteriza constrangimento ilegal o indeferimento de reabertura de prazo como pretendido, ao fundamento de que o defensor nomeado tinha obrigação de recorrer.

4. Ordem denegada.

(HC n. 220.880/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/11/2012)

A propósito do princípio da voluntariedade dos recursos (art. 574, *caput*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do CPP), o entendimento do Superior Tribunal de Justiça está em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que a defesa não está obrigada a recorrer de decisão desfavorável ao réu. Confira-se:

Habeas Corpus. 2. Alegação de nulidade em razão da não interposição de recurso pela Defensoria Pública contra o acórdão que negou provimento à apelação. 3. Constrangimento ilegal não evidenciado. Princípio da voluntariedade dos recursos 4. Ordem denegada.

(HC n. 104.166/RJ, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 1º/3/2011)

Habeas corpus. Não ocorrência de ausência ou de deficiência de defesa.

- Inexistência, no caso, de ausência de defesa, uma vez que ela foi produzida, não se tendo provado que, por deficiência dela em face das circunstâncias, tenha sido o ora paciente prejudicado (súmula 523).

- A jurisprudência desta Corte, de há muito e reiteradamente, tem entendido (a título de exemplo, no RE criminal 89.965, RHC's 59.765, 59.888, 61.716, 66.032, HC's 58.696 e 70.725) que a Defensoria Pública, devidamente intimada, não tem o dever de recorrer, dada a regra da voluntariedade do recurso.

Habeas corpus indeferido.

(HC n. 82.053/PR, Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 13/9/2002)

Restam ainda as demais alegações: a) de se referirem a um mesmo fato os dois crimes imputados ao paciente e pelos quais foi condenado em comarcas diversas; b) de falta de provas para a caracterização de associação para o tráfico; bem como c) de *incerteza denotativa e vagueza* – palavras da Defensoria Pública – de fundamentação na aplicação da pena-base acima do mínimo legal e de ausência de motivação para a escolha da fração de aumento na terceira fase da dosimetria.

Quanto a elas, convém, primeiro, ler estes trechos do acórdão ora impugnado (fls. 98/102 – grifo nosso):

[...]

1. Do Recurso de Flares Aquiles de Ávila Júnior

1.1. Preliminar de nulidade do processo

Preliminarmente, o Apelante requer a nulidade do processo, por já ter sido processado por tráfico de entorpecentes, cujo processo tramitou perante a Comarca de Bom Jesus de Itabapoana/RJ, quando na verdade era preventa a autoridade da Comarca de Apicacá/ES, a qual expediu o mandado de busca e apreensão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega que não é reconhecido pela doutrina ser sentenciado por um crime mais grave em um juízo e, por um delito auxiliar, ocorrido sobre a mesma dinâmica, ser julgado por outro juízo. Dessa forma, não poderia ser julgado pelo tráfico em uma Comarca e pela associação para o tráfico em outra.

Observando a situação trazida aos autos, verifico que tais alegações não merecem prosperar, uma vez que o delito de associação para o tráfico é autônomo em relação ao crime de tráfico de drogas.

Isso porque, o delito do artigo 35 exige para sua configuração, tão somente, a associação de duas ou mais pessoas, com o fim de praticar, reiteradamente ou não, os delitos previstos nos artigos 33, "caput" e § 1º, e 34 da Lei n. 11.343/2006.

A própria MM. Juíza, na sentença, entendeu que:

“os crimes de tráfico (art. 33 da Lei 11.343/06) e de associação (art. 35 da Lei 11.343/06) são autônomos e independentes, **podendo coexistir**, sem que a aplicação cumulativa de punições represente *bis in idem*. O fato de o réu ter sido condenado por tráfico em outro processo não impede que se prossiga na apuração da associação estável e consequente responsabilização também por esse crime, havendo provas bastantes.”

[...]

Então, sendo o tráfico de drogas e a associação para o tráfico figuras autônomas e independentes entre si, não merece acolhida a preliminar suscitada.

1.2. Das Provas dos autos

No mérito, o Recorrente pleiteia sua absolvição, afirmando que:

“os elementos indiciários colhidos perante a instrução processual são inconsistentes, tornando ineficaz a prova da autoria do crime de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes praticado por Flares.”

Analisando os autos, verifica-se que autoria e materialidade do crime tipificado no artigo 35, da Lei nº 11.343, restaram devidamente comprovadas, sobretudo pelos depoimentos pessoalmente prestados (fls.1.217/1.224), pelo cumprimento do mandado de busca e apreensão (fls. 71/72), bem como pelo conjunto de escutas telefônicas realizadas com autorização judicial (relatórios e transcrição das gravações juntadas às fls. 96/134, 152/206 e 211/388).

Segundo apurado, Flares Aquiles de Ávila Júnior recebia as drogas de Rosilane Veniali Defanti e era responsável pela sua distribuição na Usina Santa Isabel, no Município de Bom Jesus do Itabapoana/RJ e região.

Em que pese a negativa de autoria sustentada pelo Apelante, as demais provas produzidas são coerentes e harmônicas em demonstrar a existência de uma associação formada por ele e pelos demais acusados, com organização e divisão de tarefas, senão vejamos.

O policial militar Elias Ribeiro Brandão, em juízo, aduziu que (fls.1.217/1.221):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“o trabalho investigativo da inteligência da polícia começou através de denúncias anônimas, citando Martusalem, Wernek e outros responsáveis pela entrada de drogas nessa cidade e região; que com esses dados, em junho de 2008 foi requerida a interceptação telefônica dessas pessoas mencionadas; que os áudios confirmaram as denúncias recebidas; que dentro desse grupo de pessoas, Wernek estava acautelado no presídio de Campos e repassava informações a sua companheira Rosilane sobre como proceder com a droga; que Rosilane recebia a droga e repassava para Juninho (Flares) e Martusalem; que no decorrer do trabalho investigativo fizeram diversos acompanhamentos visuais da movimentação dos ora denunciados, em especial dos encontros entre Rose e Martusalem; que Juninho veio a ser conhecido em meados de julho ou agosto/2008; que durante o trabalho investigativo a polícia tentou, sem sucesso, apreender droga; que, no curso da interceptação telefônica, com a confirmação de que viria um carregamento maior de drogas, a polícia conseguiu mandado de busca e apreensão e com isso procedeu à abordagem na casa de Flares, ocasião em que, com o apoio da PMERJ, foram apreendidos quase 3 quilos de maconha; que a partir de então a interceptação telefônica perdeu o objetivo, mesmo porque Wernek orientou que os aparelhos fossem desligados; que com base nos áudios das interceptações, bem como na apreensão da droga e ainda com base nas denúncias anônimas a testemunha e seus companheiros concluíram pela associação dos denunciados quanto à prática de tráfico de droga.”

Especialmente quanto a Flares, afirmou que:

“a interceptação do telefone de Flares ocorreu em período curto, uns 15 dias, tendo o nome do mesmo surgido nas conversas que manteve com Rose; [...] perguntado se Flares tinha outro fornecedor, respondeu que sim, identificado como coroa de Itaperuna; que perguntado se os denunciados estavam associados há muito tempo, respondeu que sim, há uns 6 ou 7 meses, ressaltando que o nome de Flares surgiu na investigação a partir do início das escutas telefônicas; que perguntado se houve conversas anteriores aos dias 17.07.08 a 01.08.08 entre Flares e Rose, respondeu que sim.”

Willian Batista da Silva, outro policial que participou das investigações, declarou em juízo que (fls.1.222/1.223):

“trabalhou no GAT por um ano e pode assegurar que durante uns 8 meses anteriores ao cumprimento do mandado de busca e apreensão que resultou na ocorrência noticiada à fl.528 havia diversas ligações para o telefone 190, citando o nome de Flares como traficante; que, porém, de início a testemunha não identificou Flares, porque o conhecia como Juninho.”

A Magistrada de piso bem salientou na sentença:

“Como se observa dos autos, os acusados se dedicam à atividade criminosa, dividindo tarefas, sendo evidente a prática do delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Noutro giro, a conduta dos denunciados se revestiu da permanência, habitualidade e estabilidade necessárias para a configuração do delito do art. 35 da Lei nº 11.343/06, razão pela qual, neste ponto, a proposta condenatória estatal merece acolhimento.”

[...]

Portanto, não há que se falar em absolvição do Apelante, eis que **o conjunto probatório demonstrou a associação estável e permanente, com a finalidade de praticar os crimes previstos no artigo 33, “caput” e §1º, da Lei de Drogas.**

1.3. Da Dosimetria da pena

Caso não se entenda pela absolvição, a defesa do Apelante pede a fixação da pena no mínimo legal, alegando que a Magistrada de piso reconheceu equivocadamente a agravante de reincidência.

[...]

Em virtude da existência de circunstâncias em sua maioria desfavoráveis ao réu, a pena-base foi fixada em 04 (quatro) anos de reclusão, um pouco acima do mínimo previsto no tipo penal do artigo 35, da Lei de Drogas, que é de 03 (três) anos de reclusão.

A prática de crime anterior, com condenação transitada em julgado, apenas foi considerada como Maus antecedentes, o que não é vedado pelo ordenamento pátrio.

A MM. Juíza entendeu não existirem atenuantes nem agravantes a serem sopesadas, tampouco causas de diminuição de pena.

Configurada a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343, pela traficância ter ultrapassado as fronteiras entre Estados da Federação (Espírito Santo e Rio de Janeiro), a pena definitiva foi fixada em 06 (seis) anos de reclusão.

Dessa forma, não há que se proceder a qualquer correção na sentença de piso, eis que a Magistrada sentenciante observou os ditames legais dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, ao realizar a dosimetria.

Ademais, o Magistrado tem certa discricionariedade na fixação do “quantum” da pena que entender necessário, conforme o patamar mínimo e máximo estabelecidos na lei penal, respeitando o princípio do livre convencimento motivado.

[...]

Primeiro, inviável a pretensão de se declarar aqui e agora a inocência do paciente pela ocorrência de *bis in idem*, bem como a falta de provas para a caracterização de associação para o tráfico. Com efeito, *as instâncias ordinárias são soberanas em matéria de prova e, como é cediço, não se admite reexame do conjunto probatório na sede eleita* (fl. 276).

Segundo, no que tange ao cálculo da pena, percebi que a questão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suscitada na apelação ficou adstrita ao reconhecimento da agravante de reincidência e que o Tribunal local não promoveu nenhum debate específico acerca da escolha da fração para aumentar a reprimenda ante a interestadualidade da ação. Quer dizer, evidente a pretensão de se suprimir instância a fim de que haja decisão quanto a aspecto da sentença com o qual a defesa originalmente constituída se conformou.

De qualquer maneira, não me deparo com nenhum constrangimento ilegal no ponto. Ora, para o reconhecimento da mencionada causa de aumento de pena, prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que *não é necessária a efetiva transposição das divisas dos Estados-Membros, bastando que fique evidenciado pelos elementos de prova que a droga [...] teria como destino localidade de outro Estado da Federação* (conforme AgRg no REsp n. 1.107.176/MS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 30/5/2012). Não há falar, portanto, em falta de fundamento para a escolha feita pela Juíza de Direito em aumentar em metade a pena, pois, quando entendeu por configurada a majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, disse: *em virtude da traficância ter ultrapassado fronteiras entre Estados da Federação (Espírito Santo e Estado do Rio de Janeiro).*

Já no que diz respeito ao aumento da pena-base promovido na sentença, apesar de o Tribunal estadual ter concluído que a sentenciante, ao realizar a dosimetria, observou os ditames legais do art. 59 do Código Penal, enxergo a existência de ilegalidade manifesta, daquelas possíveis de serem corrigidas até mesmo de ofício.

Confirmam-se os fundamentos para o acréscimo de 1 ano ao mínimo de 3 anos (fls. 47/48):

[...]

Com relação ao réu Flares Aquiles de Ávila Júnior:

O acusado agiu com grau de **culpabilidade** alta. A sua **vida ante acta** está maculada (ver fls. 987/990, 1005). A **conduta social**, que se reflete na convivência, no grupo e sociedade, ou seja, no relacionamento com seus pares, seu temperamento, ao que tudo indica, é normal. A **personalidade** ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano, forma de ser, agir e etc., indicam estar voltada para o crime. Os **motivos**, precedentes causais de caráter psicológico da ação ou mola propulsora do delito, não devem ser sopesados a favor do réu, uma vez que é cúmplice dos demais acusados e mantinha com eles o vínculo associativo, inclusive, buscava a droga no município de Campo a mando de Werneck e traficava na Usina Santa Isabel (distrito da cidade de Bom Jesus do Itabapoana/RJ), auferindo seu lucro na prática ilícita da traficância, gerando grande insegurança no seio social, porquanto a modalidade de delito descrita na denúncia daquelas que serve também para financiar a prática de outros crimes. As **circunstâncias**, que se resumem no lugar do crime, tempo de sua duração e outros são comuns à espécie. As **consequências** do crime, que se resumem nos efeitos produzidos pela ação criminosa, o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano, e o sentimento de insegurança trazido pela ação, refletem em reprovabilidade mais elevada, uma vez que o crime é de perigo abstrato, sendo potencialmente ofendida toda a coletividade. Não há que se falar no **comportamento da vítima** (sociedade).
[...]

Das oito circunstâncias judiciais, cinco foram negativamente consideradas. Dessas, apenas uma pode persistir, porquanto – conforme o acórdão – a *prática de crime anterior, com condenação transitada em julgado, apenas foi considerada como maus antecedentes, o que não é vedado pelo ordenamento pátrio* (fl. 102). As demais (culpabilidade, personalidade do agente, motivos e consequências do crime) não foram devidamente motivadas.

Já tive a oportunidade de dizer que a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites legais, deve eleger, de maneira fundamentada, o *quantum* ideal de pena, de modo a prevenir e coibir a prática do delito. Orientando-se pelos oito fatores indicados no *caput* do art. 59 do Código Penal, o magistrado busca fixar, assentado em elementos concretos, a pena mais justa possível. É essa fundamentação que oferece garantia contra excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

A meu ver, é insuficiente a mera alusão ao alto grau de culpabilidade do agente, sem nenhuma referência a elemento concreto que indique tenha o réu extrapolado o limite da intenção ou da previsibilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De igual modo, inadequada a valoração negativa da personalidade, tida pela sentenciante como voltada para o crime. Essa afirmação, desvinculada de outros fatores reais relacionados à boa ou má índole da pessoa, recai em ilegalidade.

Além disso, quanto aos motivos e às consequências do crime, a fundamentação apresentada é inerente ao próprio tipo penal, portanto já considerada pelo legislador quando da cominação da pena em abstrato.

Assim, remanescendo apenas uma circunstância negativa, deve a pena-base ser fixada em 3 anos e 2 meses de reclusão. Inexistentes *atenuantes e agravantes a serem conhecidas. Tampouco [...] presentes causas de diminuição de pena* – conforme a sentença (fl. 48) –, e considerando o *quantum* aplicado na terceira fase – e já mantido – reduzo a pena do paciente a 4 anos e 9 meses de reclusão. Quanto aos dias-multa, não há o que modificar, porquanto estabelecidos, na origem, no mínimo.

Não obstante a redução da pena, o regime inicial deve continuar sendo o fechado, ante a existência de uma circunstância judicial tida por negativa. De mais a mais, consoante o parecer ministerial, *o paciente participava de grande associação para o tráfico, atuante em considerável região do Rio de Janeiro, compreendendo diversos Municípios. E se tratava de uma associação organizada. O condenado tinha a função específica de distribuir a droga em duas cidades e foi preso mantendo em depósito 2.675,5 gramas de maconha* (fl. 276).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus* em respeito à atual orientação quanto ao cabimento do *writ*. **Expeço** a ordem **de ofício**, a fim de reduzir a pena privativa de liberdade do paciente a 4 anos e 9 meses de reclusão (Ação Penal n. 005.09.000186-7, Controle n. 656/09, da Vara Criminal da comarca de Apiacá/ES).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0051226-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.779 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 5090001867

EM MESA

JULGADO: 25/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO DA SILVA CANDIDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : FLARES AQUILES DE ÁVILA JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.