



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.751 - ES (2012/0086148-3)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ALEXANDRE DO NASCIMENTO GOMES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (3,190 KG DE PASTA-BASE DE COCAÍNA). ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. Não é cabível a utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso adequado. Precedentes.
2. A partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade de droga apreendida (3,190 kg de pasta- base de cocaína - fl. 58), o que justifica uma maior reprimenda penal e impede, por sua vez, a aplicação da fração de 2/3, como pretendido.
3. É possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, levando-se em consideração a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido.
4. *Habeas corpus* não conhecido.

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 da ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.
Brasília, 20 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.751 - ES (2012/0086148-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Alexandre do Nascimento Gomes**, apontando-se como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, nos autos da Ação Penal n. 048.100.050.805, pelo Juízo da 5ª Vara Criminal de Serra/ES à pena de 6 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

À Apelação n. 048100050805, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo deu parcial provimento, apenas para reduzir a pena a 4 anos e 3 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 416 dias-multa (fls. 47/48):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06). AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PRETENSÃO RECURSAL DE REDUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE EM PATAMAR ELEVADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 59, CP. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, DA PERSONALIDADE, DOS MOTIVOS E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME CONSIDERADAS NEGATIVAS COM BASE EM FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. PRESCINDÍVEL COMPROVAÇÃO POR CERTIDÃO CARTORÁRIA, DESDE QUE EXISTA NOS AUTOS DEMONSTRAÇÃO, POR DOCUMENTO IDÔNEO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. A jurisprudência pátria já pacificou o entendimento de que a culpabilidade deve ser aferida com base no grau de reprovabilidade da conduta perpetrada, considerando-se as condições pessoais do réu e a situação fática que envolveu a prática delitiva, isto é, se o agente demonstrou maior reprovabilidade que aquela exigida para a própria caracterização do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dolo indispensável ao reconhecimento do tipo penal. Se o juiz deixa de fundamentar concretamente o porquê de considerar tal circunstância judicial desfavorável, impossível a sua utilização para majorar a pena-base.

2. Impossível proceder à análise da personalidade do réu, considerando que um magistrado, leigo em assuntos de psicologia e/ou psiquiatria, não tem bases para poder formar um juízo, positivo ou negativo, da personalidade de uma pessoa.

3. limitou-se a afirmar, genericamente, na dosimetria da pena realizada para cada acusado, que "os motivos do crime são injustificáveis", sem motivar concretamente tal entendimento.

4. As consequências do crime somente podem ser entendidas como desfavoráveis quando existirem circunstâncias do caso concreto que extrapolem as elementares previstas no próprio tipo penal. Em outras palavras, a análise das consequências do crime demandam a verificação dos efeitos concretos danosos da conduta do agente que não constituam o resultado natural do delito.

5. Para os crimes tipificados na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), as circunstâncias previstas no art. 42 do referido Diploma Legal preponderam sobre aquelas dispostas no art. 59 do Código Penal, de modo que, ainda que estas tenham sido valoradas de forma equivocada justifica-se o afastamento da pena base um pouco acima do mínimo legal em razão da natureza e da grande quantidade da droga apreendida - mais de 3 (três) quilogramas de pasta base de cocaína.

6. Se há nos autos documentos comprovando o trânsito em julgado de condenações anteriores do réu, plenamente possível o reconhecimento da agravante de reincidência. quaisquer documentos idôneos que contenham, expressamente, a ocorrência do trânsito em julgado das condenações anteriores, tais como em possíveis Folhas de Antecedentes Criminais e andamentos processuais. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

7. A jurisprudência dos Tribunais Superiores, a fim de uniformizar a questão, pacificou o entendimento de que deve o julgador fundamentar a fixação do patamar redutor da causa especial de redução de pena descrita no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, de acordo com as circunstâncias judiciais do acusado, elencadas no art. 59 do Código Penal, considerando também as circunstâncias previstas no art. 42 da Lei nº 11.343/06, de maneira a preponderar a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas. Patamar de 1/6 (um sexto) mantido.

8. Inviável e insuficiente para a reprovação do crime perpetrado a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos quando a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida, a saber, mais de 03 Kg (três quilogramas) de pasta base de cocaína, exige uma maior reprovabilidade social da conduta, mormente, quando a pena resta fixada em *quantum* superior a quatro anos.

9. Recursos parcialmente providos, a fim de reduzir as penas fixadas.

Publicado o acórdão, a Defensoria Pública impetra o presente *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, requerendo a concessão da ordem,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inclusive em caráter liminar, a fim de determinar a fixação da causa especial de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) no seu patamar máximo, com a consequente alteração do regime prisional para outro mais brando.

Indeferida a liminar (fls. 78/81) e prestadas as informações (fls. 92/119, 122/131), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 133/137).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.751 - ES (2012/0086148-3)

VOTO

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

Preliminarmente, é de se salientar que, consoante o atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, isto é, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação que, se verificada de plano, poderá ensejar a concessão de ofício da ordem de *habeas corpus*.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11/9/2012 e HC n. 104.045/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/11/2011.

Na espécie dos autos, verifico inexistir ilegalidade manifesta a ser sanada, senão vejamos.

No tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista para a redução de pena pela causa especial de diminuição em questão, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critérios a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Por essas razões, a partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a natureza e a quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga apreendida (3,190 kg de pasta base de cocaína – fl. 58), o que justifica uma maior reprimenda penal e impede, por sua vez, a aplicação da fração de 2/3, como pretendido.

Outrossim, adotar conclusão diversa, infirmando o quanto decidido pelas instâncias ordinárias, implicaria reexame do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido: HC n. 199.619/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 27/8/2012.

Acerca do regime inicial de cumprimento da pena, em recente assentada o Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, o que revela, com mais clareza, a possibilidade de os condenados por crime de tráfico de drogas cumprirem pena em regime prisional inicial menos gravoso.

Afastada a obrigatoriedade de fixação de regime inicial fechado, na hipótese dos autos, percebe-se que o fundamento utilizado para tal imposição não foi exclusivamente o impedimento legal, tendo o Tribunal de Justiça levado em consideração *a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida, a saber, mais de 03 Kg (três quilogramas) de pasta-base de cocaína* (fl. 62), o que constitui fundamento idôneo a justificar o regime mais rigoroso.

A esse respeito, confira-se:

[...] 4. A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, ante o quantum de pena aplicado e considerando as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

5. Na espécie que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida em poder do paciente, bem como a existência de elementos que apontam para o fato de que tal empreitada delituosa estava sendo patrocinada por fortalecida organização criminosa transnacional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que, além de o paciente ter sido condenado à reprimenda superior a 4 anos, essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

7. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.

(HC n. 202.851/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 2/10/2012 – grifo nosso)

[...]

6. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

7. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo a reprimenda final alcançado 4 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

8. Irrepreensível, outrossim, a fixação do regime inicial fechado, porquanto a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e a natureza, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas foram invocadas como fundamento para o regime mais rigoroso.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 244.726/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/10/2012 – grifo nosso)

Ante o exposto, diante da ausência de ilegalidade manifesta, **não conheço do *habeas corpus*.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0086148-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 240751 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 48100050805

EM MESA

JULGADO: 20/06/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: ALEXANDRE DO NASCIMENTO GOMES
CORRÉU	: PATRÍCIA SARAH PEREIRA MORETO
CORRÉU	: FLAVIO DOS REIS FERNANDES

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

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 da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.