



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.745 - ES (2012/0086128-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GUSTAVO VASCONCELOS CERQUEIRA MOTTA -
DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : FABRÍCIO PASSOS ROCHA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. QUANTIDADE DA DROGA. INCREMENTO JUSTIFICADO. MOTIVOS DO CRIME VALORADOS NEGATIVAMENTE. OBTENÇÃO DE LUCRO. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ASSEGURAR A ATIVIDADE DE TRAFICÂNCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A OITO ANOS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).
3. É legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade da droga apreendida - 500 g de *crack* -, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.
4. A mera referência à "obtenção de lucro fácil" não constitui motivação idônea e suficiente a ensejar a valoração negativa dos motivos do crime, e, por conseguinte, a majoração da sanção básica, porquanto tal circunstância é inerente aos tipos penais ora violados, a saber (tráfico de drogas e associação para o tráfico), sendo imprescindível o decote do incremento sancionatório, quanto ao delito do art. 33 do crime previsto no Lei n.º 11.343/2006, de 2 anos para 1 ano e 3 meses e, quanto ao delito descrito no art. 35 do mesmo diploma legal, de 1 ano para 9 meses.
5. Quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo, a pena-base foi escorreitamente majorada em 1 ano em razão da circunstância judicial do motivo do crime "identificável como a assegurar a atividade de traficância", o que configura motivação idônea a ensejar a exasperação da sanção basilar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diante da maior reprovabilidade do crime em testilha.

6. Inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto, aplicada a regra do concurso material, prevista nos art. 69 do Código Penal, a reprimenda final foi fixada em patamar superior a 8 anos, o que impede a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda corporal imposta o paciente apenas quanto aos delitos descritos no art. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006 para, respectivamente, 3 anos e 5 meses e 12 dias de reclusão e 285 dias-multa e 3 anos e 6 meses de reclusão e 653 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação, em especial quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 24 de abril de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.745 - ES (2012/0086128-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GUSTAVO VASCONCELOS CERQUEIRA MOTTA -
DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : FABRÍCIO PASSOS ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de FABRÍCIO PASSOS ROCHA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação Criminal n.º 006100049680).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, e 16, *caput*, da Lei n.º 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal, à pena total de 11 (onze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, *in verbis*:

a) Quanto ao acusado FABRÍCIO PASSOS ROCHA:

a. II Quanto ao tráfico de drogas

A pena do delito de tráfico de entorpecente é de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Em análise das diretrizes traçadas pelos artigos 59 do CPB e 42 da Lei 11.343/06, verifico que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie; é possuidor de bons antecedentes; sua conduta social não pode ser valorada negativamente; sua personalidade não pode ser valorada, pois não há elementos suficientes nos autos; o motivo do delito é identificável como a obtenção de lucro fácil; as circunstâncias são valoradas de forma desfavorável, considerando a natureza da droga apreendida, que é de grande valor destrutivo aos usuários: as conseqüências não foram conhecidas, sendo que não se pode cogitar em comportamento da vítima.

À vista da valoração parcialmente favorável das circunstâncias judiciais, analisadas individualmente, fixo a pena-base em reclusão de 7 (sete) anos de reclusão.

Considerando que a confissão do réu foi considerada para fins de condenação (mesmo tendo sido apenas em sede policial) atenuo a pena em 04 meses. Não existem outras atenuantes ou agravantes a serem ponderadas, ficando a pena no patamar de 06 anos e 08 meses de reclusão.

Por sua vez, concorrendo a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, diminuo a pena em 2/5 (dois anos e oito meses), passando a dosá-la em reclusão de 4 (quatro) anos, que torno definitiva, a mingua da existência de causa de aumento.

Aplico também a pena de multa, que fixo em 500 (quinhentos) dias-multa, considerando a pena de reclusão aplicada. Fixo o valor do dia-multa em um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delituoso, em observância ao disposto no artigo 43, *caput*, Lei 11.343/06.

Considerando a redução, observados os mesmos critérios, fixo a pena de multa, em definitivo, no patamar de 300 (trezentos) dias-multa e, por conseguinte, torno definitiva a pena do réu em reclusão de **4 (quatro) anos e 300 (trezentos) dias-multa**.

a.2) Quanto à associação para o tráfico

A pena do delito associação ao tráfico de entorpecente é de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Em análise das diretrizes traçadas pelo artigo 59, do Código Penal, e pelo artigo 42, da Lei 11.343/06, verifico que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie, é possuidor de bons antecedentes, não há elementos suficientes para aferir sua conduta social, tampouco sua personalidade; o motivo do delito é identificável como a obtenção de lucro; as circunstâncias são valoradas de forma desfavorável, vez que a associação envolveu até mesmo menores; as conseqüências não foram conhecidas, sendo que não se pode cogitar em comportamento da vítima.

À vista da valoração parcialmente favorável das circunstâncias judiciais analisadas individualmente, fixo a pena-base em reclusão de 04 (quatro) anos de reclusão.

Considerando que a confissão do réu foi considerada para fins de condenação (mesmo tendo sido apenas em sede policial) atenuo a pena em 03 meses e fixo a pena definitiva em **03 (três) anos e 09 (nove) meses** de reclusão.

Aplico também a pena de multa, sendo que por considerar o patamar mínimo já elevado, fixo-a em 700 (setecentos) dias-multa, cada um no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, em observância ao disposto no artigo 43, *caput*, da Lei 11.343/06.

Desta feita, torno definitiva a pena do réu em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

a.3) Quanto à posse ilegal de armas

A sanção em abstrato para o delito tipificado no artigo 16, "caput", da Lei 10.826/03, é de reclusão de 03 a 06 anos, e multa.

Verifico que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie; é possuidor de bons antecedentes; não há elementos suficientes para aferir sua conduta social, tampouco sua personalidade; o motivo do delito é identificável como a assegurar a atividade de traficância; as circunstâncias foram indiferentes; as conseqüências não foram relevantes, sendo que não se pode cogitar em comportamento da vítima.

À vista da valoração parcialmente favorável das circunstâncias judiciais, analisadas individualmente, fixo a pena-base em reclusão de 04 (quatro) anos de reclusão.

Constato a incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea (65, III, "d", do CPB), razão pela qual atenuo a pena em 03 meses.

Inexistem circunstâncias agravantes, bem como causas de aumento ou diminuição. Desta forma, foco a pena definitiva em **03 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão**.

Aplico-lhe também, a pena de multa, que considerando a gravidade da conduta, fixo em 10 (dez) dias-multa.

Tendo em vista a situação econômica do réu, fixo o dia-multa à razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso, devidamente atualizado pelos índices legais.

Desta forma, fixo a pena definitiva em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Do cúmulo material das penas

Considerada a regra do artigo 69, do Código Penal, aplico o cúmulo material, tornando as penas definitivas no patamar de **11 (onze anos e 06 seis) meses de reclusão e 1010 (um mil e dez) dias-multa** (fls. 38/41).

A Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, em acórdão assim fundamentado:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Narra a denúncia que, no dia 18 de junho de 2010, por volta das 21h, na Rua Sete de Setembro, Bairro Itaputera, Aracruz/ES, os apelantes, agindo em comunhão de ações e desígnios, estavam vendendo, bem como tinham em depósito, sem autorização legal ou regulamentar, 90 (noventa) pedras de crack, 11 (onze) pedras grandes da mesma droga e um pacote com crack em pó, além de 1 (uma) pistola calibre 9 mm (nove milímetros) de uso restrito, com carregador e 15 (quinze) munições intactas.

Consta ainda, que os policiais procederam a abordagem de duas adolescentes que, por estarem associadas aos acusados, transportavam consigo considerável quantidade de drogas a mando destes.

Por essa razão, os recorrentes foram denunciados pela prática dos crimes de tráfico ilícito de drogas, associação para o narcotráfico e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006 e 16 da Lei nº 10.826/2003), sendo condenados Fabrício a 11 (onze) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 1010 (mil e dez) dias-multa, enquanto Bruno a 10 (dez) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias e pagamento de 1010 (mil e dez) dias-multa, a serem cumpridas em regime inicial fechado.

Após analisar os autos, observo estarem devidamente comprovadas as condutas descritas na denúncia, imputando aos apelantes a prática dos crimes de tráfico ilícito de drogas, associação para o narcotráfico e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Digo isso porque, tanto a materialidade, quanto a autoria dos delitos restaram demonstradas, sendo a primeira pelos Auto de Apreensão (fl. 27 - Inquérito em apenso), Laudo de Exame de Arma de Fogo (fls. 11/14) e Laudo de Exame Químico (fls. 27/28), enquanto a segunda através dos depoimentos constantes dos autos, inclusive pela confissão dos acusados na esfera judicial, consoante se observa dos trechos que ora transcrevo:

[...] que tinha chegado em Aracruz alguns dias antes de ser preso; que o interrogando estava guardando quantidades grandes de crack, sendo que as menores apanhavam as pedras, levavam para a casa das mesmas e faziam pedras menores e levavam para distribuir; que o telefone de uma das menores tocou com o pedido para abastecer a boca de fumo, momento em que se deslocaram todos até a boca de fumo para levar a droga; que tanto as menores quanto o interrogando estavam trabalhando para a pessoa de "ximinho", sendo que não o conheciam pessoalmente, apenas por telefone; que as menores eram o contato para a entrega das drogas para abastecer a boca de fumo; que apanhou a arma para guardar, sendo que esta também



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pertencia a "ximinho"; [...] que entregou a arma para Fabrício pois sua bermuda estava folgada; (Bruno Passos Ferreira - fls. 44/45).

[...] que a droga encontrada era do irmão do interrogando, sendo que estavam na casa do mesmo quando o telefone tocou, e era alguém pedindo droga para abastecer a boca de fumo; que viu a droga na casa de seu irmão, sendo que as meninas já estavam lá, saindo todos de táxi do local; que quando chegaram próximo da boca, as menores foram levar a droga, enquanto o irmão do interrogando recebeu a arma de um menino "moreno", porém a entregou para o interrogando, já que estava com uma bermuda folgada, indo em seguida para um bar onde ficaram esperando as menores;

[...]. (Fabrício Passos Rocha - fls. 46/47).

[...] que assim que abordadas as menores, estas tremiam demais e ao ser realizada a revista no carro e encontrada a droga, disseram que as drogas não eram delas e haviam sido pagas para entregar a droga; [...] que no momento que se deslocavam para procurar os suspeitos, as menores indicaram os denunciados; que inicialmente os acusados negaram os fatos, mas em seguida, como foi encontrada a arma com o denunciado Fabrício, disseram que já "tinham perdido mesmo" e assumiram a droga; que disseram que não eram de Aracruz e indagados se em sua casa teria mais droga, confirmou que sim, razão pela qual foram até o local e acabaram por encontrar mais droga, sendo que o local foi indicado pelo próprio acusado Fabrício [...]. (PM Geilza Rodrigues da Silva Castiliano - fl. 48).

Por oportuno, ressalto a validade dos depoimentos prestados por policiais, principalmente quando submetidos ao contraditório e à ampla defesa, até porque muitas das vezes são as únicas testemunhas do crime, como no caso em exame.

Logo, restou configurada a prática do delito de tráfico ilícito de drogas pelos acusados, na medida em que guardavam e forneciam drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, incorrendo, com isso, no tipo previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Ademais, ao contrário do afirmado no apelo, também restou configurado o crime de associação para o narcotráfico (artigo 35 da Lei de Drogas), sobretudo porque o conjunto probatório dos autos comprova que os recorrentes se juntaram às adolescentes que com eles foram apreendidas para, de forma estável e continuada, traficarem drogas no Município de Aracruz.

Nesse pormenor, conforme os depoimentos supratranscritos, os apelantes comandavam as referidas adolescentes nas atividades de preparo e distribuição de drogas, servindo elas de contato para o abastecimento da boca de fumo.

Outrossim, com relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo, inexistente razão para que o acusado Bruno seja absolvido, uma vez que, apesar de não estar portando a referida arma no momento da prisão, conhecia a circunstância fática e aderiu à vontade do corréu Fabrício em portá-la ilegalmente.

Nesse pormenor, o recorrente Fabrício foi expresso ao afirmar que "recebeu a arma de um menino "moreno", porém a entregou para o interrogando, já que estava com uma bermuda folgada", o que caracteriza a coautoria no delito de porte ilegal de arma de fogo, consoante enfatizam os seguintes precedentes que ficaram assim ementados:

[...] Admite-se a coautoria por porte de arma ainda que se trate de uma única, e dois agentes, desde que esteja demonstrado que ambos mantinham



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com ela uma relação de plena disponibilidade e dolo direcionado à vontade de estarem armados. Coerentes e harmônicos os depoimentos dos milicianos. [...]. (TJRJ: Recurso nº 2008.050.04587, Re. Des. SIDNEY ROSA DA SILVA, Segunda Câmara Criminal, DJ de 9.7.2010) destaquei.

Embora não tenha sido o paciente efetivamente encontrado portando a arma de fogo apreendida em poder de seu corréu, que estava em sua companhia no momento da apreensão, o delito em apreço admite a coautoria, desde que se demonstre que ambos os agentes eram conhecedores da circunstância, tendo aderido à vontade um do outro em portar ilegalmente a arma de fogo. Então, é plenamente possível a condenação do paciente nas penas do art. 14, da Lei nº 10.826/03, ainda que não tenha sido encontrado com a arma em seu poder, se restar comprovado que o mesmo aderiu à vontade do seu corréu, concordando em portar ilegalmente a arma de fogo

[...]. (TJPE: HC nº 0236101-9, Rel. Des. ANTÔNIO DE MELO E LIMA, Segunda Câmara Criminal, DJ de 5.5.2011) destaquei.

Nesse mesmo panorama jurisprudencial: TJDF - Recurso nº 2009.05.1.000840-5, Rel. Des. ROBERVAL CASEMIRO, Segunda Turma Criminal, DJ de 24.6.2010.

De outro giro, também não é possível ser atendido o pleito de desclassificação do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito para permitido, tendo em vista que, diversamente do afirmado no apelo, a capitulação dada ao delito não foi motivada por estar a arma com a numeração raspada, mas sim por se tratar de uma pistola de uso proibido ou restrito.

Assim, deve ser mantida a condenação de ambos os acusados pelo crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no artigo 16, caput, da Lei nº 10.826/2003.

Por outro lado, quanto à dosimetria da pena, melhor sorte não assiste aos apelantes, posto que, apesar de algumas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal não terem sido corretamente consideradas na sentença, o redimensionamento das penas ultrapassará os valores impostos pelo juiz a quo.

Nesse ponto, considerando que somente as circunstâncias dos crimes de tráfico e associação desfavorecem os apelante, deveria ser atribuído à pena-base do crime de tráfico 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, assim como 3 (três) anos ao porte ilegal de arma de fogo, mantendo, todavia, em 4 (quatro) anos a do delito de associação.

Outrossim, reconhecidas as atenuantes da confissão espontânea (artigo 65, inciso III, alínea d do Código Penal) para ambos os réus, bem como a da menoridade (artigo 65, inciso I, do Código Penal) para Bruno, as penas intermediárias dos apelantes seriam reduzidas em 1/6 (um sexto) da pena-base, respeitando-se, contudo, a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Com isso, as penas intermediárias passariam, em relação a Fabrício, ao montante de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias para o tráfico; 3 (três) anos para o porte ilegal de arma de fogo e 3 (três) anos e 4 (quatro) meses para a associação, assim como, no que diz respeito a Bruno, a 5 (cinco) anos para o tráfico; a 3 (três) anos para o porte ilegal de arma de fogo e a 3 (três) anos para a associação.

No mais, com relação à causa de diminuição da pena, prevista no artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, inexistente razão para ser modificada a fração de 2/5 (dois quintos) aplicada a ambos os apelantes, devendo tão somente ser mantida sua incidência para que não haja violação ao princípio non reformatio in pejus, sobretudo porque a grande quantidade da droga, aliada ao reconhecimento da associação criminosa, impediria a concessão do aludido benefício, por revelar dedicação à atividade criminosa, consoante também vem entendendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. (HC nº 189.572/SP, Relª. Minª. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 8.9.2011).

Destarte, após a incidência da aludida causa de diminuição, com relação ao crime de tráfico de drogas, as penas dos recorrentes seriam reduzidas para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses para Fabrício e 3 (três) anos para Bruno.

Assim, após aplicado o concurso material previsto no artigo 69 do Código Penal, a sanção de Fabrício seria fixada definitivamente em 11 (onze) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, enquanto a de Bruno em 11 (onze) anos de reclusão.

Por isso, em respeito ao princípio non reformatio in pejus, deverão ser mantidas as penas de 11 (onze) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 1010 (mil e dez) dias-multa para Fabrício e de 10 (dez) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e pagamento de 1010 (mil e dez) dias-multa para Bruno.

Quanto à substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há motivos para ser concedida aos apelantes, haja vista que os requisitos previstos nos incisos I e III do artigo 44 do Código Penal não lhes são favoráveis.

No que concerne ao regime, julgo que deve permanecer o fechado para o início do cumprimento das penas, uma vez que venho adotando o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido de somente atribuir regime inicial diverso do fechado quando possibilitada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, o que não ocorreu neste julgamento.

Mediante tais fundamentos, NEGOU PROVIMENTO ao recurso e mantenho a sentença em todos os seus termos.

É como voto (fls. 64/69).

Sustenta o impetrante que algumas circunstâncias judiciais foram valoradas de forma negativa, sem a devida fundamentação.

Aduz que os elementos inerentes ao tipo penal não podem ser utilizados para valorar negativamente as circunstâncias judiciais.

Argumenta, ainda, que os crimes previstos nos arts. 35 da Lei nº 11.343/06 e 16 da Lei nº 10.826/03 não são hediondos e, portanto, na fixação do regime de cumprimento da pena, o juiz deve seguir as regras do Código Penal.

Requer, liminarmente, a retificação das penas-base aplicadas ao paciente, fixando-as no mínimo legal. No mérito, pretende seja estabelecido o regime inicial aberto para o cumprimento das penas relativas aos delitos previstos nos arts. 35 da Lei nº 11.343/06 e 16 da Lei nº 10.826/03.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida às fls. 80/81.

Foram prestadas informações às fls. 96/99 e 101/113.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Antonio Fonseca, pela denegação da ordem (fls. 116/124).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.745 - ES (2012/0086128-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. QUANTIDADE DA DROGA. INCREMENTO JUSTIFICADO. MOTIVOS DO CRIME VALORADOS NEGATIVAMENTE. OBTENÇÃO DE LUCRO. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ASSEGURAR A ATIVIDADE DE TRAFICÂNCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A OITO ANOS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

3. É legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade da droga apreendida - 500 g de *crack* -, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

4. A mera referência à "obtenção de lucro fácil" não constitui motivação idônea e suficiente a ensejar a valoração negativa dos motivos do crime, e, por conseguinte, a majoração da sanção básica, porquanto tal circunstância é inerente aos tipos penais ora violados, a saber (tráfico de drogas e associação para o tráfico), sendo imprescindível o decote do incremento sancionatório, quanto ao delito do art. 33 do crime previsto no Lei n.º 11.343/2006, de 2 anos para 1 ano e 3 meses e, quanto ao delito descrito no art. 35 do mesmo diploma legal, de 1 ano para 9 meses.

5. Quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo, a pena-base foi escorreiamente majorada em 1 ano em razão da circunstância judicial do motivo do crime "identificável como a assegurar a atividade de traficância", o que configura motivação idônea a ensejar a exasperação da sanção basilar, diante da maior reprovabilidade do crime em testilha.

6. Inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto, aplicada a regra do concurso material, prevista nos art. 69 do Código Penal, a reprimenda final foi fixada em patamar superior a 8 anos, o que impede a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda corporal imposta o paciente apenas quanto aos delitos descritos no art. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006 para, respectivamente, 3 anos e 5 meses e 12 dias de reclusão e 285 dias-multa e 3 anos e 6 meses de reclusão e 653 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação, em especial quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Ab initio, registre-se a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Cumprе destacar que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percutiente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada.

(HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados.

(HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Assim, não obstante se admita a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente mandamus tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o habeas corpus presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012)

Na espécie, verifica-se que as penas-base do paciente, com relação ao delito descrito no art. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006, foram majoradas, respectivamente, em 2 anos e, em 1 ano de reclusão, em razão da valoração negativa dos motivos, bem como em razão da quantidade da droga apreendida - 500 g de *crack* (fls. 38/39).

Mister salientar, inicialmente, que é legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade da droga apreendida. Com efeito, o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Todavia, constata-se que com relação à circunstância relativa aos motivos do delito não foram arrolados elementos concretos. É que a mera referência à "obtenção de lucro" (fls. 38/39) não constitui motivação idônea e suficiente a ensejar a valoração negativa dos motivos do crime e, por conseguinte, a majoração da sanção básica, porquanto tal circunstância é inerente ao tipo penal ora violado, a saber, o tráfico de drogas. Nesse sentido, alguns julgados deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO CONCEDIDA NA ORIGEM. PREJUDICADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos constitutivos do crime ou com fundamento em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

3. A mera alegação de que o paciente guardava a droga em sua própria residência, sem a indicação de qualquer elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, não autoriza concluir-se pela desfavorabilidade da circunstância judicial da culpabilidade.

4. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. (Incidência da Súmula n. 444/STJ).

5. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.

6. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo, bem como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis do crime.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 3 anos de reclusão e pagamento de 50 dias-multa. Prejudicado o pedido de progressão de regime, pela perda de objeto.

(HC

61.007/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 399, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL). INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVOS DO CRIME: BUSCA DO LUCRO FÁCIL. CRITÉRIO CONTIDO NO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO: SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGAS (04 KG DE COCAÍNA). VALORAÇÃO NEGATIVA IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. INCONGRUÊNCIA DA SENTENÇA E REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA PROMOVIDA PELO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. NULIDADE CARACTERIZADA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO E PRESENTE DE REQUISITO DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO MAIS, PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, ex vi do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

399, § 2.º, do Código de Processo Penal, deve ser analisado à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil, por força do que dispõe o art. 3.º da Lei Processo Penal. A promoção do Magistrado que instruiu o feito é uma das hipóteses que excepciona o indigitado princípio, como ocorreu in casu.

2. O crime de tráfico ilícito de drogas vincula-se, em regra, à prática de atos mercantis como se extrai de alguns núcleos do tipo do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 (v.g., "importar", "exportar", "vender", "expor à venda", "oferecer", "ter em depósito"). Daí porque incabível utilizar a busca do lucro fácil como critério de exasperação da pena-base dessa espécie delitiva.

3. Não comporta reparos a valoração negativa das consequências do crime em razão da significativa quantidade de substância entorpecente apreendida - 04 (quatro) kg de cocaína.

4. Na primeira fase da dosimetria da pena, o Réu foi considerado primário; todavia, em seguida, o Juízo singular não aplicou a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, considerando os antecedentes do agente. Em recurso exclusivo da defesa (apelação), a Corte a quo manteve a condenação reportando-se aos fundamentos anteriormente utilizados no julgado de habeas corpus. No writ originário, negou-se a aplicação da sobredita causa de redução de pena porque as informações remetidas pela Autoridade judicial indicaram que o Apenado respondia a outro processo pelo mesmo crime. Tais fatos, no entanto, não constavam da sentença condenatória.

5. Caracterizada a incongruência do édito condenatório e a flagrante afronta ao princípio da ne reformatio in pejus indireta, cometida pelo acórdão combatido, impõe-se o reconhecimento da nulidade da condenação para que a dosimetria da pena seja renovada pelo Juízo de primeiro grau.

6. O Tribunal a quo não analisou a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, o que impossibilita tal exame por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

7. A negativa do direito de recorrer em liberdade, no caso concreto, encontra amparo em dois motivos: (i) "não há lógica em permitir que o réu, preso [...] durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08) e (ii) o Paciente responde a outra ação penal pelo mesmo crime, o que denota o risco concreto de reiteração delitiva e autoriza a manutenção da constrição cautelar, como forma de garantir a ordem pública.

8. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida tão-somente para declarar a nulidade da dosimetria da pena, a qual, por consequência, deve ser renovada pelo Juízo de primeiro grau consoante os parâmetros explicitados neste julgado.

(HC 243.252/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 19/12/2013)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO NOS TERMOS DO ART. 600, § 4º, DO CÓDIGO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO PENAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS DEVIDAMENTE INTIMADO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DO PRAZO RECURSAL A OUTRO DEFENSOR QUANDO JÁ CONSUMADA A PRECLUSÃO TEMPORAL. 2. DOSIMETRIA REALIZADA DE FORMA EQUIVOCADA. VALORAÇÃO DA CULPABILIDADE CONSTANTE NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL DE TRÁFICO. PATENTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 3. AGRAVO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

1. É facultado à parte interpor o recurso de apelação com a apresentação das razões recursais perante o Tribunal de Justiça, conforme disposição do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Inexiste nulidade, se o advogado constituído do réu, a despeito de regularmente intimado pela imprensa oficial, permanece inerte e não apresenta as razões de apelação.

2. O substabelecimento a novo advogado, após o transcurso do prazo para a apresentação das razões do recurso de apelação, não impõe a reabertura do lapso para o protocolo da peça processual e nem obriga à intimação do novo causídico para fazê-lo, haja vista a ocorrência de preclusão lógica (perda de uma faculdade processual), recebendo o defensor o processo no estado em que se encontra. A inércia do advogado constituído pelo réu, que perde o prazo para a apresentação das razões recursais, não é causa de suspensão ou interrupção de prazos.

3. A reabertura de prazo recursal para advogado constituído após a perda do lapso recursal pelo causídico anterior viola os princípios da celeridade processual, da segurança jurídica, da razoabilidade, da lealdade processual e da boa-fé objetiva, por permitir manobras ardilosas objetivando a reabertura de prazo recursal diante da inércia da defesa dentro do prazo previsto em lei.

4. Patente ilegalidade constante na dosimetria da pena, haja vista a culpabilidade ter sido valorada com base no conceito analítico de crime, bem como em razão de os motivos - lucro fácil - e as consequências - prejuízo à saúde pública - serem inerentes ao tipo penal de tráfico de drogas. Possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício, com extensão da ordem ao corréu, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Concessão de habeas corpus de ofício, para redimensionar a pena do agravante para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, com extensão da ordem ao corréu Jaime Andrade Carvalho, cuja pena vai definida em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(AgRg no Ag 1319158/TO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013)

Imprescindível, portanto, o decote do incremento sancionatório, para o delito de tráfico, de 2 anos para 1 ano e 3 meses; e, para o crime de associação para o tráfico, de 1 ano para 9 meses.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, para o delito de tráfico, fixo a pena-base em 6 anos e 3 meses de reclusão, mais 500 dias-multa. Na segunda fase da dosimetria, reduzo a pena em 4 meses, diante da atenuante da confissão espontânea - patamar utilizado pelas instâncias ordinárias, o que perfaz 5 anos, 11 meses e 476 dias-multa. Reduzo, por fim, em 2/5, pela incidência da causa especial de diminuição de pena prevista nos art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, tornando a reprimenda definitiva em **3 anos e 5 meses e 12 dias de reclusão e 285 dias-multa**.

Para o crime de associação para o tráfico, fixo a pena-base em 3 anos e 9 meses de reclusão e 700 dias-multa. Na segunda fase da dosimetria, como reduzo a pena em 3 meses, diante da atenuante da confissão espontânea - patamar utilizado pelas instâncias ordinárias, o que perfaz **3 anos e 6 meses de reclusão e 653 dias-multa**, a qual torno definitiva.

Quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo, não há ilegalidade a ser sanada, haja vista que a pena-base foi escorreitamente majorada em 1 ano em razão da circunstância judicial do motivo do crime "identificável como a assegurar a atividade de traficância" (fl. 40), o que configura motivação idônea a ensejar a exasperação da sanção basilar, diante da maior reprovabilidade do crime em testilha. **A sanção final foi fixada em 3 anos e 9 meses de reclusão**.

Por derradeiro, é inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto, aplicada a regra do concurso material, prevista nos art. 69 do Código Penal, a reprimenda final foi fixada em patamar superior a 8 anos, o que impede a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a reprimenda corporal imposta o paciente apenas quanto aos delitos descritos no art. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006 para, respectivamente, **3 anos e 5 meses e 12 dias de reclusão e 285 dias-multa** e **3 anos e 6 meses de reclusão e 653 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação, em especial quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0086128-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 240.745 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 35962010 52502010 6100049680

EM MESA

JULGADO: 24/04/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: GUSTAVO VASCONCELOS CERQUEIRA MOTTA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: FABRÍCIO PASSOS ROCHA (PRESO)
CORRÉU	: BRUNO PASSOS FERREIRA

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 do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.