



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.525 - ES (2011/0252390-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : FÁBIO JÚNIOR CORDEIRO ROSA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO POR FATO NÃO CAPITULADO NA DENÚNCIA. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL PARA A PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO DESCRITA NA EXORDIAL. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. O acusado se defende dos fatos descritos na inicial, e não da sua capitulação. Doutrina. Precedentes.

2. Embora o órgão ministerial não tenha incluído o delito de associação para o tráfico na capitulação da inicial, tendo dado o paciente e demais corréus como incursos nos "artigos 33, c/c 40, III e V, da Lei nº. 11.343/06", o certo é que descreveu os fatos que configurariam o mencionado ilícito, circunstância que revela a conformidade do édito repressivo com os princípios constitucionais estabelecidos em favor do acusado.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006. CULPABILIDADE, MOTIVO, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFIQUEM O AUMENTO DA REPRIMENDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Embora o Juízo de origem e a Corte *a quo* tenham atuado em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida, verifica-se que o aumento da pena-base em 3 (três) anos para o crime de tráfico, e em 1 (um) ano e 8 (oito) meses para o delito de associação não se mostra cabível, uma vez que, como ressaltado pela própria autoridade apontada como coatora, a avaliação negativa da culpabilidade do agente e dos motivos, circunstâncias e consequências dos ilícitos foi fundamentada de forma totalmente genérica e com base em elementos integrantes dos tipos penais violados, sem menção a qualquer elemento concreto que justificasse a exasperação da reprimenda.

3. Restando desfavoráveis ao paciente a natureza e quantidade de droga apreendida com uma das corrés, mister a redução da pena-base para 7 (sete) anos de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa quanto ao crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006, e 4 (quatro) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa no tocante ao ilícito disposto no artigo 35 do referido diploma legal.

4. Na segunda etapa da dosimetria, procede-se à compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, nos termos do que decidido pela Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça no julgamento dos EREsp 1.154.752/RS, reduzindo-se a reprimenda do paciente em 3 (três) meses para o crime de tráfico, e em 2 (dois) meses para o delito de associação.

5. Mantida a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006 ao delito previsto no artigo 33 do mencionado diploma legal no patamar de 1/6 (um sexto), a pena definitiva do paciente para o referido ilícito fica fixada em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, ao passo que a reprimenda final para o crime disposto no artigo 35 resta estabelecida em 4 (quatro) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, totalizando 12 (doze) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 1.341 (mil trezentos e quarenta e um) dias-multa.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir as penas impostas ao paciente para 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa quanto ao crime de tráfico de drogas, e 4 (quatro) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa no tocante ao delito de associação para o tráfico, totalizando 12 (doze) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 1.341 (mil trezentos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quarenta e um) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de junho de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.525 - ES (2011/0252390-9)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : FÁBIO JÚNIOR CORDEIRO ROSA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FÁBIO JÚNIOR CORDEIRO ROSA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que negou provimento aos Embargos Infringentes na Apelação Criminal n. 024070305347.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 14 (quatorze) anos, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 1.450 (mil, quatrocentos e cinquenta) dias-multa, como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, combinados com o artigo 40, inciso III, todos da Lei 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ao qual foi negado provimento, mantendo-se as conclusões da condenação.

Contra essa decisão foram opostos embargos infringentes, que restaram rejeitados.

Sustenta o impetrante que o paciente seria vítima de constrangimento ilegal sob o argumento de que a sua pena-base teria sido fixada acima do mínimo legal sem fundamentação idônea, tendo sido utilizados dados inerentes ao tipo penal violado para exasperar a reprimenda.

Argumenta que deveria ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, pois utilizada para fundamentar o decreto condenatório, defendendo sua compensação com a agravante da reincidência.

Alega que o paciente teria sido condenado por fato criminoso não mencionado na denúncia, aduzindo que somente em sede de alegações finais a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusação teria requerido sua condenação pelo delito de associação para o tráfico, o que ensejaria julgamento *extra petita*.

Requer a concessão da ordem para que a pena-base do paciente seja fixada no mínimo legal, compensando-se a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, e anulando-se o acórdão impugnado quanto à manutenção da condenação pelo delito de associação para o tráfico.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 170/171.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 181/182), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 347/364, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.525 - ES (2011/0252390-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a redução da pena-base do paciente ao mínimo legal, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, e a anulação de sua condenação quanto ao crime de associação para o tráfico.

O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses não ocorrentes na espécie.**

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Esse Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de que o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização dessa ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, que é o *habeas corpus*, de forma a não mais admitir que seja empregada para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, **exatamente como ocorre no caso em exame.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre observar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa, mas tal argumento não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in judicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Segundo consta dos autos, o paciente foi denunciado como incurso nos artigos 33, combinado com 40, incisos III e V, ambos da Lei 11.343/2006, extraindo-se da peça acusatória os seguintes trechos:

"Consta dos autos do inquérito policial em anexo, que policiais militares, após investigações sobre o tráfico ilícito de drogas na região denominada "Grande Santo Antônio", descobriram que a denunciada FABIANA, companheira do denunciado FABIO JÚNIOR, interno do PSME2, era uma das pessoas responsáveis pelo controle de tal atividade naquele local, atuando sob a orientação de seu companheiro, razão pela qual passaram a observá-la.

Assim, na madrugada do dia 3 de setembro de 2007, FABIANA saiu de sua residência em um táxi e se dirigiu para a Grande Santo Antônio, onde se encontrou com os denunciados ÉLVIO e HELENA, sendo presenciado o momento em que ÉLVIO lhe entregou uma mala, contendo 39 tabletes da droga conhecida como maconha, com o peso total aproximado de 30 kg (trinta quilogramas), momento em que os três foram abordados pela polícia.

Evidenciou-se que, no dia anterior, FABIANA havia levado HELENA até a estação rodoviária de Vitória, onde esta embarcou em um ônibus com destino a Teixeira de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Freitas/BA, a fim de buscar as droga que foram apreendidas pela policia.

No dia da prisão, também foi apreendida com os denunciados ÉLVIO, FABIANA e HELENA a importância de R\$ 2.225,00 (dois mil, duzentos e vinte e cinco reais).

Inquiridos pela autoridade policial, HELENA confirmou que havia ido até a cidade de Teixeira de Freitas apanhar as drogas para FABIANA, e que, para tanto, iria receber R\$ 300,00 (trezentos Reais), informando, ainda, que já havia feito o mesmo transporte pelo menos mais três vezes.

Embora ÉLVIO tenha dito que somente iria receber R\$ 100,00 (cem reais) de FABIANA para carregar a mala com as drogas, evidenciou-se que o mesmo é primo de FABIANA e que integrava o grupo comandado por ela e FÁBIO, voltado para o tráfico de drogas na região de Santo Antônio.

Em suas declarações na esfera policial, FABIANA confessou a prática do delito e informou que comercializava as drogas a mando de seu companheiro, o denunciado FÁBIO, o qual a orientava de dentro do presídio onde se encontra recolhido, asseverando, ainda, que cada quilo da droga era vendido ao preço de R\$600,00 (seiscentos reais).

Já FÁBIO, ouvido na fi. 13, confirmou ser o proprietário das drogas apreendidas, informando que continuava a comercializar drogas, mesmo estando recolhido no sistema prisional e que usava seu advogado para mandar recados para os PRIMOS avisando que ERA PARA NÃO DAR PERNADA PORQUE AQUELA ÁREA - CARATOÍRA - ERA DELE, QUE ERA PARA O MOVIMENTO CONTINUAR.

Destarte, restou demonstrado os denunciados encontravam-se associados, de forma estável, para a prática do tráfico ilícito de drogas, bem como guardavam e traziam consigo drogas, sem autorização e em desacordo com as determinações legais, evidenciando-se que FABIANA, FÁBIO e ÉLVIO concorreram para o transporte das drogas efetuado por HELENA, entre Estados da Federação.

A materialidade e a autoria restaram devidamente comprovadas nos autos por meio do auto de prisão em flagrante, dos depoimentos das testemunhas, auto de apreensão de fl. 20 e auto de constatação provisória de substância tóxica de fl. 21." (e-STJ fls. 12/14).

Sobreveio sentença na qual o paciente foi condenado à pena de 14 (quatorze) anos, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 1.450 (mil, quatrocentos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cinquenta) dias-multa, como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, combinados com o artigo 40, inciso III, todos da Lei 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ao qual foi negado provimento, mantendo-se as conclusões do édito repressivo, tendo o aresto restado assim resumido:

"APELAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE. INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. REJEITADA. MÉRITO: ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO. USO. IMPOSSIBILIDADE. PROVA TESTEMUNHAL. CONCLUSIVIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE DEVIDAMENTE COMPROVADA. REDUÇÃO DA PENA-BASE IRROGADA. ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, §4º DA LEI Nº 11.343/06. INCOMPATIBILIDADE LÓGICA. PENA DE MULTA. RAZOABILIDADE. RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.

1- A inviolabilidade do domicílio é excepcionada pela ocorrência de flagrante delito, conforme artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal e por esta razão, não há que se asseverar, em princípio, a ocorrência de prisão ilegal por falta de mandado de busca e apreensão, sobretudo em decorrência da permanência do delito de tráfico.

2- Sendo claros os indícios de autoria e materialidade, corroborados por ampla prova testemunhal, não há que prosperar tese formulada pelas respectivas defesas baseada na insuficiência probatória.

3- Não há necessidade da existência de prova da comercialização ou da entrega da droga para a configuração do crime de tráfico. O convencimento do julgador acerca da ocorrência desse delito pode ser satisfatoriamente justificado por outros elementos circunstanciais que cercam o agente.

4- Não obstante a retratação em juízo, da confissão feita na esfera policial, é certo que, este primeiro depoimento é apto a embasar o decreto condenatório, se coerente com as demais provas colhidas durante a instrução criminal

5- Comprovada, de forma indubitosa, a união estável e permanente dos acusados para a prática do comércio ilegal de entorpecentes na localidade, plenamente justificada está a condenação pelo crime capitulado no artigo 35 da Lei nº 11.343/06.

6- A pena-base fixada em patamar próximo ao mínimo abstratamente previsto não é de ser considerada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exacerbada se a situação específica dos autos reflete a necessidade de maior reprovabilidade do acusado, integrante de intrincada organização criminosa, responsável pela movimentação de uma enorme quantidade de entorpecentes, nos termos do art. 42 da lei nº 11.343/06.

7- Não fazem jus à diminuição da pena, prevista no artigo 33, § 4º, do citado Diploma Legal, os condenados por associação para o tráfico, em virtude de flagrante incompatibilidade.

8- . A fixação da pena de multa deve ser efetuada em duas fases, sendo que somente em uma delas, qual seja a determinação do valor de cada dia-multa, será observada a situação econômica do réu. A quantidade de dias-multa deve ser determinada com base nas circunstâncias judiciais, nas eventuais agravantes e atenuantes, bem como nas causas de aumento e de diminuição de pena.

9- Recursos conhecidos e desprovidos." (e-STJ fls. 57/58).

Contra essa decisão foram opostos embargos infringentes, que restaram rejeitados em acórdão que recebeu a ementa abaixo reproduzida:

"EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CRIMINAL - TÓXICOS - PRELIMINAR DE NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA POR FALTA DE CORRELAÇÃO COM A IMPUTAÇÃO FEITA NA DENÚNCIA - NÃO ACOLHIDA - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO ANTE A INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - NÃO CABIMENTO - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

PRELIMINAR DE NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA POR FALTA DE CORRELAÇÃO COM A IMPUTAÇÃO FEITA NA DENÚNCIA

1. Inocorre desrespeito ao princípio da correlação, quando da inicial acusatória observa-se que os fatos foram descritos de forma clara e objetiva, demonstrando que os denunciados encontravam-se associados, de forma estável, para a prática do tráfico ilícito de drogas, tendo o magistrado fundamentado sua decisão em cotejo com os elementos e circunstâncias descritos pelo titular da ação penal. 2. Preliminar não acolhida.

MÉRITO

1. O conjunto probatório é suficiente para a manutenção da condenação emitida em desfavor do réu, ora embargante, pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes capitulado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, eis que, além da grande quantidade de drogas apreendidas, os relatos dos agentes policiais envolvidos no fato foram harmônicos e ricos em detalhes, mostrando-se, dessarte, verossímeis. 2.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso conhecido e não provido." (e-STJ fl. 144).

Pois bem. Inicialmente, no que se refere à alegada condenação do paciente por crime que não estaria descrito na denúncia, tem-se que a impetração não merece acolhida.

Como se sabe, o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não em relação à sua classificação.

Sobre o tema, merece menção a lição de Guilherme de Souza Nucci:

"O acusado terá a ampla defesa assegurada desde que os fatos, com todas as circunstâncias que os envolvem, estejam bem descritos na denúncia. O Estado-acusação afirma ter alguém cometido condutas, que geraram resultados. Ao final, declara o promotor os artigos nos quais vê inseridos tais fatos. O réu deve apresentar sua defesa quanto aos fatos e não quanto à tipificação feita, uma vez que, como leigo que é e estando assegurada a autodefesa, não tem obrigação de conhecer a lei penal. Por sua vez, a defesa técnica prescinde da classificação feita pelo promotor, pois deve conhecer o direito material suficientemente para ater-se aos fatos alegados, apresentando ao juiz a tipificação que entende mais correta. O mesmo se diga do magistrado, que não se atém ao resultado da definição jurídica feita pelo órgão acusatório, podendo alterá-la quando chegar o momento adequado (art. 383, CPP)." (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 158).

No mesmo sentido é a jurisprudência desta colenda Quinta Turma:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. VOTO DE JUIZ QUE NÃO ESTEVE PRESENTE NA SESSÃO EM QUE HOVE A LEITURA DO RELATÓRIO E A REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÕES ORAIS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE ERRÔNEA CAPITULAÇÃO DA CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA.

II - O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória e não da capitulação jurídica dada na denúncia. (Precedentes)

III - Na hipótese, eventual equívoco capitulação da conduta imputada não modificará a situação processual do paciente, que poderá formular sua defesa a partir dos fatos narrados na exordial acusatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Ordem denegada.

(HC 147.953/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. TESE DE ERRO NA CAPITULAÇÃO DO CRIME PELA EXORDIAL ACUSATÓRIA. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA CONFIGURA O DELITO DE FALSIDADE MATERIAL DE ATESTADO, JÁ PRESCRITO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. A existência de eventual erro na tipificação da conduta pelo Órgão Ministerial não torna inepta a denúncia e, menos ainda, é causa de trancamento da ação penal, pois o acusado se defende do fato delituoso narrado na exordial acusatória e, não, da capitulação legal dela constante.

(...)

4. Recurso desprovido.

(RHC 22.353/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 08/02/2010)

No caso dos autos, embora o órgão ministerial não tenha incluído o delito de associação para o tráfico na capitulação da inicial, tendo dado o paciente e demais corréus como incursos nos "artigos 33, c/c 40, III e V, da Lei nº. 11.343/06", o certo é que descreveu os fatos que estariam a configurar o mencionado ilícito, consignando que teria restado demonstrado que "os denunciados encontravam-se associados, de forma estável, para a prática do tráfico ilícito de drogas" (e-STJ fl. 14).

Assim, não há que se falar em decisão *extra petita*, tampouco em violação ao princípio da correlação entre denúncia e sentença, pois, como visto, na vestibular houve a descrição dos fatos que caracterizariam o ilícito previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006.

Irretocável, por conseguinte, o aresto objurgado, no qual se afirmou que "a acusação ao narrar os fatos descritos na denúncia relatou o vínculo associativo entre os denunciados, não havendo que se falar em nulidade do julgamento" (e-STJ fl. 148).

Por outro lado, razão assiste ao impetrante no tocante ao pleito de redução da pena imposta ao paciente.

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do artigo 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *verbis*:

"Art. 42. 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."

Na hipótese em apreço, verifica-se que foram consideradas desfavoráveis ao paciente a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e consequências do delito, bem como a natureza e a quantidade de droga apreendida.

Confira-se, a propósito, o seguinte excerto da sentença condenatória:

"Quanto ao co-réu FÁBIO JÚNIOR CORDEIRO ROSA - crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06: culpabilidade intensa, sendo o grau de reprovabilidade elevado; os antecedentes serão analisados como reincidência; conduta social não esclarecida; não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise da personalidade; a motivação do crime é injustificável; as circunstâncias não favorecem ao réu, pois agiu com o intuito de obter riqueza fácil e ilícita; as consequências do ilícito são gravíssimas ante a disseminação do vício das drogas, sendo notórias a violência e a criminalidade financiadas pelo narcotráfico; a vítima, sendo a sociedade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em nada contribuiu para o crime; e a condição econômica do réu não é boa.

Atento a estas circunstâncias judiciais, bem como considerando a natureza e a quantidade da droga, fixo a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão e em 600 (seiscentos) dias-multa; militando em prol do réu a atenuante da confissão espontânea, na fase policial, e em desfavor a reincidência, preponderando esta sobre aquela, acresço a pena privativa de liberdade em 03 (três) meses.

(...)

Ainda quanto ao co-réu FÁBIO JÚNIOR CORDEIRO ROSA - crime descrito no artigo 35 a Lei 11.343/06: culpabilidade intensa e reprovável; antecedentes serão analisados como reincidência; conduta social não esclarecida; não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise da personalidade; os motivos e as circunstâncias do crime não são favoráveis; as consequências são graves para a paz pública; a vítima, sendo a sociedade, em nada incentivou ou contribuiu para o crime; e a condição econômica do réu não é boa.

Atento a estas circunstâncias judiciais, bem como considerando a natureza e a quantidade da droga, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e em 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa; militando em desfavor do réu a agravante da reincidência, acresço a pena privativa de liberdade em 02 (dois) meses."

A Corte impetrada, por sua vez, manteve a pena estipulada no édito repressivo, sob os argumentos abaixo reproduzidos:

"É bem verdade que, simplesmente dizer que a culpabilidade é evidenciada, os motivos e circunstâncias do crime não favorecem o réu, ou então que as condições econômicas não são boas, sem apresentar dados concretos que tenham levado a tais conclusões, tratando de maneira generalizada todos aqueles que cometem o crime de tráfico, independentemente de sua situação particular, vai de encontro ao que preceitua o princípio da individualização da pena, consagrado pela Carta Suprema.

Entretanto, ainda que não se tenha utilizado a melhor técnica na análise das ditas circunstâncias judiciais, visto que lançadas assertivas um tanto genéricas, a necessidade de se aplicar uma maior reprimenda aos acusados encontra-se plenamente justificada nos termos do que dispõe o artigo 42 da lei no 11.343/06:

"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Na presente hipótese, restou devidamente comprovado que os recorrentes comandam uma intrincada organização criminosa, responsável pela movimentação de uma enorme quantidade de entorpecentes, disseminando o vício e causando a intranquilidade dos moradores da região, motivo pelo qual o Estado deve agir de forma ainda mais incisiva.

Ademais, merece um especial destaque o cuidado com que laborou o MM. Juiz sentenciante ao proceder a individualização das penas, levando em consideração a maior ou menor atuação dos acusados na referida organização criminosa, em contraposição a rigor da pena irrogada." (e-STJ fls. 72/73).

Das passagens acima transcritas infere-se que muito embora o Juízo de origem e a Corte *a quo* tenham atuado em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida, verifica-se que o aumento da pena-base em 3 (três) anos para o crime de tráfico, e em 1 (um) ano e 8 (oito) meses para o delito de associação não se mostra cabível, uma vez que, como ressaltado pela própria autoridade apontada como coatora, a avaliação negativa da culpabilidade do agente e dos motivos, circunstâncias e consequências dos ilícitos foi fundamentada de forma totalmente genérica e com base em elementos integrantes dos tipos penais violados, sem menção a qualquer elemento concreto que justificasse a exasperação da reprimenda.

Assim, mesmo considerando-se a elevada quantidade de droga apreendida em poder de uma das corrés - 30 (trinta) quilos de maconha -, e ainda que se leve em conta a forma como os crimes de tráfico e de associação eram praticados, com a movimentação intensa de grande quantidade de substâncias ilícitas a partir de ordens emanadas do paciente, que se encontra preso, as instâncias de origem olvidaram-se do dever de motivar o acréscimo de pena permitido na análise do artigo 59 do Código Penal, circunstância que revela a ilegalidade do acórdão neste ponto.

Por conseguinte, restando desfavoráveis ao paciente a natureza e quantidade de droga apreendida com uma das corrés, mister a redução da pena-base para 7 (sete) anos de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa quanto ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006, e para 4 (quatro) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa no tocante ao ilícito disposto no artigo 35 do referido diploma legal.

Na segunda etapa da dosimetria, observa-se que embora o Juízo singular tenha reconhecido a presença da atenuante da confissão espontânea, deixou de aplicá-la porque o réu seria reincidente, devendo preponderar tal circunstância agravante (e-STJ fls. 45 e 46).

Contudo, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS pela 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu-se, por maioria, que a agravante da reincidência pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, consideradas as particularidades do caso concreto.

Eis a ementa do julgado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local.

(EREsp 1154752/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/09/2012)

Portanto, consoante o novo entendimento acerca do tema, é possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, sendo imperiosa a redução da reprimenda do paciente em 3 (três) meses para o crime de tráfico, e em 2 (dois) meses para o delito de associação.

Mantida a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006 ao delito previsto no artigo 33 do mencionado diploma legal no patamar de 1/6 (um sexto), a pena definitiva do paciente para o referido ilícito fica fixada em 8 (oito)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos e 2 (dois) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, ao passo que a reprimenda final para o crime disposto no artigo 35 resta estabelecida em 4 (quatro) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, totalizando 12 (doze) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 1.341 (mil trezentos e quarenta e um) dias-multa.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir as penas impostas ao paciente para 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa quanto ao crime de tráfico de drogas, e 4 (quatro) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa no tocante ao delito de associação para o tráfico, totalizando 12 (doze) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 1.341 (mil trezentos e quarenta e um) dias-multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0252390-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 222.525 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 24070305347 57822007

EM MESA

JULGADO: 04/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: RODRIGO DE PAULA LIMA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: FÁBIO JÚNIOR CORDEIRO ROSA
CORRÉU	: FABIANA SOUZA FERNANDES
CORRÉU	: HELENA LOUREIRO ROCHA
CORRÉU	: ÉLVIO BATISTA DE SOUZA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.