

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 537.235 - ES (2019/0297002-0)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : WANDERSON OMAR SIMON
ADVOGADO : WANDERSON OMAR SIMON - ES018630
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : HWEDERSON PETRONILHO PORTES (PRESO)
OUTRO NOME : DAVI PEREIRA JANOTTI
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de HWENDERSON PETRONILHO PORTES (OUTRO NOME - DAVI PEREIRA JANOTTI), contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**, nos autos da apelação criminal n. 0002503-15.2012.8.08.0021.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 21 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 2.133 dias-multa, como incurso nas sanções dos **artigos 33, caput, e 35, c/c 40, inciso V**, todos da Lei 11.343/2006 (fls. 148-169).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. ART. 33, CAPUT, E 35, C/C ART. 40, V, TODOS DA LEI Nº 11.343/06. ABSOLVIÇÃO NOS CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA IRRAZOÁVEL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO TRIFÁSICO. RESPEITO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DE TRÁFICO DE DROGAS ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO.

Superior Tribunal de Justiça

INVIABILIDADE. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. Os elementos fático-probatórios constantes na instrução criminal, conjuntamente com as provas testemunhais e periciais, demonstram a presença de elementos de autoria e de materialidade dos delitos expostos nos artigos 33, caput, e 35, c/c art. 40, V, todos da Lei nº 11.343/06.

2. A ponderação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo a pena base ser aumentada na exata medida em que se revelam existentes requisitos prejudiciais ao acusado.

3. De uma breve leitura da sentença verifica-se que o nobre magistrado sentenciante apontou de forma objetiva e coerente os elementos concretos e as peculiaridades específicas do caso que foram consideradas para que a pena-base fosse estabelecida acima do mínimo legal, não autorizando ser diversa a conclusão senão a de que está correta a valoração realizada pelo preclaro magistrado quando considerou tais circunstâncias como desfavoráveis aos réus.

4. Para haver reconhecimento da confissão extrajudicial mesmo quando retratada em juízo, a referida atenuante deverá ser elemento utilizado para fundamentar a sentença condenatória, o que não ocorreu neste processo. Precedentes do STJ.

5. Restando demonstrado nos autos que um dos recorrentes trouxe as drogas apreendidas, por meio terrestre, oriundo do Estado de São Paulo, o tráfico entre Estados da Federação ficou comprovado, devendo a majorante do art. 40, V, da Lei de Drogas ser mantida.

6. Recursos conhecidos e improvidos" (fls. 175-176).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico (art. 35, da LAD). Questiona, também, o reconhecimento e o **quantum** de aumento operado na terceira fase da dosimetria, em razão da causa de aumento do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06. Por fim, sustenta ausência de fundamentos para análise negativa das vetoriais relacionadas aos motivos e consequências do crime, que elevaram a pena-base acima do mínimo legal.

Superior Tribunal de Justiça

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem "[...] a fim de seja rechaçada a imposição do crime do art. 35 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/06, bem como seja redimensionada a pena do delito do art. 33 da Lei 11.343/06 para o mínimo legal" (fl. 20). **No mérito, pugna pelo "a)** O afastamento do delito do art. 35 da Lei 11.343/06 e da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06, com fundamento nos arts. 155 e 386, VII, do CPP e no Princípio do in dubio pro reo; **b) Subsidiariamente**, requer sejam redimensionadas as penas-bases dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06 para o mínimo legal, eis que, na primeira fase da dosimetria da pena, as circunstâncias judiciais concernentes aos motivos e às consequências do crime foram fundamentadas de forma genérica, abstrata e como base em elementos inerentes ao próprio tipo penal incriminador, e, na terceira fase da dosimetria, foi estabelecida a causa de aumento da pena, prevista no art. 40, V da Lei 11.343/06, acima no mínimo legal sem qualquer fundamento, resultando em grave ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), tudo nos termos da jurisprudência consolidada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça" (fl. 21).

É o breve relatório.

Decido.

Inicialmente, insta consignar que a Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso pertinente (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado

Superior Tribunal de Justiça

(v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Entretanto, no caso de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, a jurisprudência recomenda a concessão da ordem de ofício.

Na hipótese, compulsando os autos, denota-se que o pedido liminar se confunde com o próprio mérito da impetração, não restando configurada, de plano, flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento da medida de urgência.

Assim, nos limites da cognição **in limine**, ausentes os indícios para a configuração do **fumus boni iuris**, a **quaestio** deverá ser apreciada pelo Colegiado, após uma verificação mais detalhada dos dados constantes dos autos.

Denego, pois, a liminar.

Solicitem-se, **com urgência e via telegrama**, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade tida por coatora.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P. e I.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
Relator