



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 23.761/CS

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 130.775/ES

RECORRENTE: LEONARDO NASCIMENTO FERREIRA
ADVOGADO: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESPÍRITO SANTO
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESPÍRITO SANTO
RELATOR: MINISTRO CELSO DE MELLO

**PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.
BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. PARECER PELO
DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

1. Trata-se de recurso interposto por **Leonardo Nascimento Ferreira** contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no HC nº 199.840/ES, Relator Ministro Nefi Cordeiro, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. BIS IN IDEM. AMPLIAÇÃO DA COGNIÇÃO. NÃO CABIMENTO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A natureza e a quantidade de droga justificam a fixação de regime mais gravoso para o cumprimento de pena.

3. Não cabe ampliar, em sede de agravo regimental, os limites cognitivos do habeas corpus, fixados na petição inicial do writ.

4. Agravo regimental improvido.” (fls. 308)

2. Sustenta o recorrente que houve ilegalidade na dosimetria da pena

que lhe foi imposta pela prática do crime de tráfico de drogas. A ilegalidade consistiria no fato de o Superior Tribunal de Justiça, ao indeferir o pedido de fixação do regime semiaberto, ter fundamento a sua decisão na quantidade de droga apreendida em seu poder, o que constituiu o fundamento dado pelo Juiz na sentença para a majoração da pena base. Haveria, segundo afirma o recorrente, *bis in idem*. Pede, ainda, que lhe seja permitido cumprir a sua pena no regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alíneas “b” e “c”, do Código Penal.

3. A dosimetria da pena imposta ao recorrente, quanto aos crimes de tráfico e de associação para o tráfico¹, foi assim fundamentada na sentença condenatória:

“Em relação ao réu LEONARDO NASCIMENTO FERREIRA – conduta descrita no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06: a culpabilidade intensa, sendo o grau de reprovabilidade elevado; os antecedentes são bons; a conduta social não ficou esclarecida e não pode ser reputada ruim; não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise da personalidade; os motivos do crime são injustificáveis, uma vez que agiu com o intuito egoístico de auferir riqueza fácil; as circunstâncias não favorecem; as consequências do ilícito são próprias do tipo penal; a vítima, sendo a sociedade, em nada contribuiu para o crime; e a condição econômica do réu não é boa.

Atento a tais circunstâncias judiciais, bem como considerando a natureza e a quantidade da droga apreendida fixo a pena-base EM 06 (SEIS) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO E EM 500 (QUINHENTOS) DIAS DE MULTA, tornando-a definitiva, para esse delito, à míngua de atenuante ou agravante, causa de diminuição ou de aumento de pena.

Não vislumbro a possibilidade de aplicar a causa de diminuição de pena prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ante a ausência dos requisitos legais, tendo em vista a comprovação de que o réu vinha se dedicando às atividades criminosas no tráfico de drogas, além de integrar organização criminosa, circunstâncias impeditivas do benefício.

Ainda em relação ao réu LEONARDO NASCIMENTO FERREIRA – conduta descrita no artigo 35 da Lei 11.343/06: culpabilidade intensa e reprovável; antecedentes, personalidade e conduta social examinados acima, os motivos e as circunstâncias do crime não são favoráveis; as consequências são graves

¹ A sentença condenou o paciente pelos crimes dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006 e 1º da Lei nº 2.252/54, tendo o Tribunal de Justiça provido o recurso da defesa para absolvê-lo do crime do art. 1º da Lei nº 2.252/54 e para reduzir as penas relativas ao tráfico e a associação para o tráfico ao mínimo legal (5 e 3 anos, respectivamente), resultando uma pena final de 8 anos de reclusão.

para a paz pública; a vítima, sendo a sociedade, em nada incentivou ou contribuiu para o crime; a condição econômica do réu não é boa.

Atento a estas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 03 (TRÊS) ANOS E 09 (NOVE) MESES DE RECLUSÃO E EM 700 (SETECENTOS) DIAS DE MULTA, tornando-a definitiva, para esse delito, à míngua de atenuante ou agravante, causa de diminuição ou de aumento de pena.

(...)

A pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.”

4. Como se vê, o Juiz fixou o regime inicial fechado sem qualquer consideração quanto a quantidade de droga apreendida com o recorrente e seu grupo.
5. No julgamento da apelação o Tribunal de Justiça houve por bem reformar a sentença no tocante à pena-base, que fixou para os crimes de tráfico e associação para o tráfico no mínimo legal, 5 e 3 anos respectivamente, resultado uma pena final de 8 anos de reclusão. Com relação ao regime prisional e ao *bis in idem*, o acórdão nada decidiu tendo em vista que não foram impugnados na apelação.
6. No *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça a Defesa impugnou tão somente a fixação do regime inicial fechado, ao fundamento de que cabia a imposição do regime semiaberto.
7. O Relator, Ministro Nefi Cordeiro, por decisão monocrática, não conheceu da impetração, mas analisou a questão, afirmando que não havia ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, tendo em vista que “*a natureza especialmente gravosa da droga, serve como fundamento para mais gravoso regime inicial de pena e a valoração casuística dessa gravidade é descabida nesta instância especial, porque indevida incursão aprofundada de prova*”.
8. Interposto agravo regimental, a Defesa suscitou o *bis in idem*,

dizendo, primeiro, que não podia o Superior Tribunal de Justiça inovar a fundamentação da sentença, e, segundo, com essa nova fundamentação, passou a existir o *bis in idem*, tendo em vista que a quantidade de droga, além de fundamentar a exacerbação da pena base, justificou também a imposição do regime inicial fechado.

9. O recurso foi desprovido, tendo o recorrente renovado a sua argumentação perante essa Suprema Corte no recurso ordinário ora analisado.

10. *Data venia*, entende o Ministério Público Federal que a eminente Defesa, em sua argumentação, incorreu em duplo equívoco com relação ao alegado *bis in idem*, o que autoriza o desprovemento do recurso.

11. Primeiro, a quantidade da droga apreendida não justificou a majoração da pena base. É que no julgamento da apelação o Tribunal de Justiça reformou a sentença no tocante a dosimetria das penas impostas em razão da prática dos crimes de tráfico e de associação para o tráfico, fixando-as no mínimo legal, qual seja, 5 e 3 anos, respectivamente.

12. Confira-se:

“No entanto, penso que não se justifica a fixação da pena acima do mínimo legal. Explico:

Na dosimetria da pena sopesada (art. 59 do CP), os “antecedentes”, a “conduta social”, a “personalidade”, as “consequências” e o “comportamento da vítima”, foram consideradas de forma favorável aos apelantes.

De outro lado, o magistrado valorou negativamente a “culpabilidade” (“grau de reprovabilidade elevado”), os “motivos do crime” (“auferir riqueza fácil”), e as “circunstâncias do crime” (“não favorecem”).

Ocorre que essa valoração não permite a exasperação da pena-base, pois desprovida de fundamentação concreta, haja vista que o magistrado se valeu de termos corriqueiros e expressões automáticas, que denotam conteúdo vago, abstrato e impreciso.

Como cediço, é dever do julgador fundamentar adequadamente seus

pronunciamentos, mormente a dosimetria da pena (princípio constitucional da individualização da pena), possibilitando o exercício do contraditório constitucionalmente assegurado ao condenado, em atenção ao princípio da refutabilidade das hipóteses.

Segundo o referido princípio, o magistrado não pode utilizar em sua fundamentação argumentos vagos e genéricos que inviabilizam a refutação e irresignação pela parte, conforme doutrina de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (...).

Se não há fundamentação suficiente, como na hipótese vertente, não há como se considerar desfavoráveis circunstâncias judiciais em desfavor do réu.

(...)

Portanto, à míngua de fundamentação suficiente, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias multa para o crime de tráfico, e 03 (três) anos e 700 (setecentos) dias-multa para o crime de associação.”

13. Fixada a pena no mínimo legal, não há que se falar em majoração com fundamento na quantidade de droga apreendida.

14. O segundo equívoco decorre do fato de que, ao contrário do que ocorre com o acórdão que julga a apelação, a decisão proferida em *habeas corpus* não é dotada da eficácia substitutiva, própria das decisões que julgam os recursos.

15. O *habeas corpus*, como se sabe, tem a natureza de uma ação autônoma de impugnação. Não constitui recurso, muito embora se venha deturpando o seu uso com a finalidade de atribuir-lhe natureza recursal. Mas a configuração que lhe foi constitucionalmente dada não permite que se lhe atribuiu outra natureza senão a de uma ação, a serviço do cidadão, para a defesa de sua liberdade de locomoção, quando ameaçada ou violada por ato ilegal de autoridade.

16. Assim, a argumentação desenvolvida pelo Ministro Nefi Carneiro ao julgar ao *habeas corpus* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça não tem a eficácia de agregar fundamentos novos à decisão proferida na

Ação Penal, que fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta ao recorrente.

17. De qualquer modo, essa questão é meramente acadêmica, tendo em vista que, como afirmado acima, a pena do recorrente foi fixada no mínimo legal e a fixação do regime fechado não decorreu da quantidade de droga apreendida.

18. Quanto a pretensão da Defesa de que seja fixado o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, tem afirmado essa Suprema Corte, sem divergência, que o *habeas corpus* não se presta a essa finalidade, dada a impossibilidade de se proceder, em seu rito sumário, ao exame de fatos e provas.

19. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.

Brasília, 15 de outubro de 2015

CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES
Subprocuradora-Geral da República