



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 129.668 - SP (2009/0033641-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : MARCELO APARECIDO MARCELINO FLORIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO APARECIDO MARCELINO FLORIANO (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 14 C/C ART. 18, INCISO III, DA LEI N° 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. **ABOLITIO CRIMINIS**. PROGRESSÃO DE REGIME. TESE SEQUER SUSCITADA PERANTE A AUTORIDADE COATORA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

I - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, qual seja, o alto grau de culpabilidade do paciente (**Precedentes**).

II - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de **habeas corpus**.

III - A nova lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) não prevê o concurso eventual de agentes como causa de aumento de pena. Dessa forma, forçoso reconhecer **abolitio criminis** em relação à majorante prevista no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76.

IV - Tendo em vista que a tese de progressão de regime não foi sequer suscitada perante a autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de supressão de instância (**Precedentes**).

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, parcialmente concedida para afastar a aplicação do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 129.668 - SP (2009/0033641-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de MARCELO APARECIDO MARCELINO FLORIANO, contra v. acórdão prolatado pela c. Quarta Câmara de Direito Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da apelação criminal com revisão nº 993.07.010146-6.

Noticiam os autos que, por r. sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 575.01.2005.005647-7, Controle nº 262/05, oriunda da Primeira Vara Judicial da Comarca de São José do Rio Pardo, o paciente foi condenado como incurso no art. 14 c/c art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos), à pena de **09 (nove) anos de reclusão**, em regime integralmente fechado, mais pagamento de **150 (cento e cinquenta) dias-multa**, vedado o recurso em liberdade.

Irresignadas, as partes recorreram. Em sessão de julgamento ocorrida em **25/11/2008**, o e. Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento ao recurso ministerial para modificar a pena, totalizando **10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, mais pagamento de **174 (cento e setenta e quatro) dias-multa**, no **regime inicial fechado**, nos termos da Lei nº 11.464/07.

Nas razões do presente **writ**, busca o impetrante: **a)** a fixação da pena base no mínimo legal, eis que nenhuma das hipóteses do art. 59 do Código Penal foi levada em consideração; **b)** a exclusão do aumento da pena pela associação eventual, prevista no inciso III, do art. 18, da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos), uma vez que não contemplada na nova Lei de Tóxico, impondo-se reconhecer a **abolitio criminis** e **c)** a progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP.

Liminar indeferida à fl. 51.

Informações prestadas às fls. 58/59.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 152/160, manifestou-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela **parcial concessão da ordem** para afastar da condenação o aumento do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos) e pela **concessão da ordem de ofício** para garantir ao paciente o direito de formular o pedido de progressão de regime prisional, conforme dispõe o art. 112 da LEP.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 129.668 - SP (2009/0033641-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 14 C/C ART. 18, INCISO III, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. **ABOLITIO CRIMINIS**. PROGRESSÃO DE REGIME. TESE SEQUER SUSCITADA PERANTE A AUTORIDADE COATORA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

I - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, qual seja, o alto grau de culpabilidade do paciente **(Precedentes)**.

II - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de **habeas corpus**.

III - A nova lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) não prevê o concurso eventual de agentes como causa de aumento de pena. Dessa forma, forçoso reconhecer **abolitio criminis** em relação à majorante prevista no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76.

IV - Tendo em vista que a tese de progressão de regime não foi sequer suscitada perante a autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de supressão de instância **(Precedentes)**.

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, parcialmente concedida para afastar a aplicação do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Nas razões do presente **writ**, busca o impetrante: **a)** a fixação da pena base no mínimo legal, eis que nenhuma das hipóteses do art. 59 do Código Penal foi levada em consideração; **b)** a exclusão do aumento da pena pela associação eventual, prevista no inciso III, do art. 18, da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos), uma vez que não contemplada na nova Lei de Tóxico, impondo-se reconhecer a **abolitio criminis** e **c)** a progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP.

Quanto ao **primeiro tópico**, vejamos o que consta da r. sentença condenatória, na parte referente a dosimetria da pena:

"Considerando-se os antecedentes do réu, que conta com condenações criminais, inclusive por tráfico ilícito de substância entorpecente (fls. 1134/1143), bem assim os elevados grau de culpabilidade, de reprovação social de sua conduta e de personalidade grandemente voltada ao crime, já que, além de ter revelado intensa participação na associação, agindo como organizador do trafico ilícito de substância entorpecente em Bairro de considerável extensão na cidade, demonstra ânimo, por diversas vezes, em praticar crimes extremamente violentos, a exemplo de homicídios e atentados a civis e policiais, fixa-se a pena-base no dobro, alcançando seis anos de reclusão e cem dias-multa, estabelecendo-se para cada dia-multa o valor mínimo, ante a ausência de elementos que permitam aferir a real capacidade financeira do réu." (fls. 71/72).

Interposta apelação pelas partes, o recurso foi parcialmente acolhido tão-somente a fim de elevar a pena definitiva para **10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, mais pagamento de 174 (cento e setenta e quatro) dias-multa, no regime inicial fechado.

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente mostra-se adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC nº 39.030/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/04/2005).

Dessa forma, não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis.

No caso em tela, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, com base no alto grau de culpabilidade do paciente, eis que agiu como organizador do tráfico ilícito de substância entorpecente, não há como proceder a qualquer reparo em sede de **habeas corpus**.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NEGATIVA DE AUTORIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS E 6 MESES). REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA CORPORAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECORRER EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO VERIFICADO ANTES MESMO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FALTA DE INTERESSE. ORDEM DENEGADA E PEDIDO DE EXTENSÃO DO CO-RÉU INDEFERIDO.

1. O **Habeas Corpus** não se revela a via própria para o exame da negativa de autoria, diante da necessidade de dilação probatória. Precedentes.

2. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CP, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como seus maus antecedentes. Precedentes do STJ.

3. (...).

4. (...).

5. (...).

6. Ordem denegada e pedido de extensão do co-réu indeferido.

(HC 78.629/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 17/12/2007).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS – ROUBO – EMPREGO DE ARMAS – CONCURSO DE AGENTES – PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO PACIENTE – PENA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO – DOSIMETRIA CORRETA – REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA EM OBEDIÊNCIA À ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – ORDEM DENEGADA.

1- A primariedade e a ausência de antecedentes criminais não impede a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo, desde que parte da análise das circunstâncias judiciais se mostre desfavorável ao réu.

2- Se todas as circunstâncias judiciais foram analisadas, não há que se falar em ausência de fundamentação para imposição da reprimenda-base.

3- A análise desfavorável, em parte, das circunstâncias judiciais permite a imposição de regime inicialmente mais severo, não obstante a pena final não atingir oito anos de reclusão, nem o réu ser reincidente.

4- Ordem denegada."

(HC 92.063/MG, 5ª Turma, Rel. Ministra Jane Silva, Desembargadora Convocada do TJ/MG, DJU de 17/12/2007).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGOS 12 E 14 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. REITERAÇÃO DE PEDIDO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO.

I - Considerando que a controvérsia relativa à possibilidade de progressão de regime quanto ao delito de tráfico de entorpecentes já foi apreciada no HC 80.161/SP, perdeu o objeto, nesse ponto, o presente writ.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. (Precedentes).

III - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

IV - A grande quantidade de substância entorpecente apreendida é circunstância judicial que justifica o aumento da pena-base acima do mínimo legal. (Precedentes do STJ e do STF).

V - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de habeas corpus.

VI - Sendo a pena fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) na fixação da pena-base, é apropriado, em princípio, o regime prisional inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda.

(Precedentes).

Writ parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado."

(HC 66.080/SP, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 10/12/2007).

Quanto ao tópico "b" a súplica merece acolhida.

Com efeito, a nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) não prevê mais o concurso eventual de agentes como causa de aumento de pena para os delitos nela previstos. Enumera o art. 40 da referida lei, as seguintes majorantes:

"Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, forçoso reconhecer a **abolitio criminis** quanto à causa de aumento da pena pelo concurso eventual de agentes uma vez que não prevista na nova Lei de Tóxicos. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA TOTAL: 8 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. MAJORANTE DO ART. 18, III DA LEI 6.368/76. ABOLITIO CRIMINIS. EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º. DA LEI 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.464/07. SUPERAÇÃO, IN CASU, DA SÚMULA 691/STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não se admite a impetração de **Habeas Corpus** neste STJ contra decisão monocrática denegatória de liminar em **writ** anterior, sob pena de indevida supressão de instância, a teor da Súmula 691 do colendo STF. Todavia, é assente, a possibilidade de mitigação desse enunciado, em hipóteses excepcionais, como no caso em que emergir dos autos situação de flagrante ilegalidade ou de abuso de poder.

2. Esta Corte já decidiu que a Lei 11.343/2006 (nova Lei de Drogas), a par de ter revogado as Leis 6.368/76 e 10.409/2002, não prevê, como causa de aumento de pena, a associação eventual para o tráfico. Assim, verificada a **novatio legis in mellius**, é de ser afastada a aplicação, na hipótese, do art. 18, inciso III da Lei 6.368/76 (HC 77.902/MS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 03.09.07).

3. A Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), suprimiu a vedação de progressão de regime para condenados por crimes hediondos ou equiparados, já declarada inconstitucional, ao fixar o regime inicialmente fechado aos condenados pelo cometimento de tal espécie de crime.

4. Em consonância com o parecer ministerial, concede-se a ordem, para afastar a vedação da progressão de regime prisional do paciente, que deverá ser oportunamente apreciada pelo Juiz da Vara das Execuções Penais com fulcro no art. 112 da LEP, bem como para excluir da condenação a majorante do art. 18, inciso III da Lei 6.368/76, decorrente da associação eventual para a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes."

(HC 99.471/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 06/10/2008).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. INTERNACIONALIDADE COMPROVADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ASSISTÊNCIA CONSULAR A RÉU ESTRANGEIRO. PRISÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMUNICADA AO CONSULADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-DEMONSTRADO. NULIDADE DO LAUDO TOXICOLÓGICO. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO. ATENUANTE RECONHECIDA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DE AÇÃO PENAL QUE ABSOLVEU O RÉU POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. **ABOLITIO CRIMINIS**. CAUSA DE AUMENTO AFASTADA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...)

6. Inaplicável a causa de aumento de pena relativa à associação eventual (art. 18, inciso III, da Lei 6.368/76), porquanto a lei que atualmente disciplina a matéria (Lei 11.343/06) não contempla essa majorante.

7. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida em parte para aplicar a atenuante da confissão para o denunciado GILMER. **Habeas corpus** concedido de ofício para alterar a fixação da pena-base do denunciado FRANCISCO REINALDO e afastar a aplicação da causa de aumento de pena relativa à associação eventual (art.18, inciso III, da Lei 6.368/76), estendendo os efeitos deste último provimento aos co-réus DAMIÃO BONIFÁCIO DA SILVA e FRANCISCO ADINEI FREIRE JUCÁ. Reduzida a pena de FRANCISCO REINALDO DE SOUZA DA SILVA para 5 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, de GILMER FACHIN SANACAY para 4 anos de reclusão, e de DAMIÃO BONIFÁCIO DA SILVA e FRANCISCO ADINEI FREIRE JUCÁ para 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão.

(HC 65.835/AC, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 29/09/2008).

"PENAL E EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 12, CAPUT, C/C ART. 18, III, DA LEI 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF. CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. **ABOLITIO CRIMINIS**.

I - (...)

II - (...)

III - (...)

IV - A nova lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) não prevê o concurso eventual de agentes como causa de aumento de pena. Dessa forma, forçoso reconhecer **abolitio criminis** em relação a majorante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76.

Writ concedido.

Habeas corpus concedido de ofício para afastar a incidência da causa de aumento prevista no art. 18, inc. III, da Lei nº 6.368/76".

(HC 67162/RJ, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 30/04/2007).

Na hipótese, a r. sentença condenatória fixou a reprimenda do paciente da seguinte forma:

"Considerando-se os antecedentes do réu, que conta com condenações criminais, inclusive por tráfico ilícito de substância entorpecente (fls. 1134/1143), bem assim os elevados grau de culpabilidade, de reprovação social de sua conduta e de personalidade grandemente voltada ao crime, já que, além de ter revelado intensa participação na associação, agindo como organizador do tráfico ilícito de substância entorpecente em Bairro de considerável extensão na cidade, demonstra ânimo, por diversas vezes, em praticar crimes extremamente violentos, a exemplo de homicídios e atentados a civis e policiais, fixa-se a pena-base no dobro, alcançando seis anos de reclusão e cem dias-multa, estabelecendo-se para cada dia-multa o valor mínimo, ante a ausência de elementos que permitam aferir a real capacidade financeira do réu.

Ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes, manem-se inalterada, nesta fase a pena-base fixada.

Na terceira fase, observa-se que se faz presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 18, II, da Lei 6368/76, já que a associação destinada ao tráfico ilícito de substância entorpecente era composta também por adolescentes, a exemplo de Alexandre dos Santos Severino ("Fiote"), Fábio Luis Baldo de Paula ("Batatinha") e Samuel Ramos de Souza ("Mostrinho"), com quem tratou de assuntos ligados ao tráfico ilícito de substância entorpecente, conforme o demonstram as conversas transcritas a fls. 204/210; 239/331; 341/348 e 697/701), valendo notar que as certidões de nascimento acostadas a fls. 1316 e 1317 (Fábio Luis e Samuel comprovam a menoridade dos referidos integrantes da associação. Nesse sentido, aumenta-se a pena-base em 1/2, tendo em vista o expressivo número de adolescentes apontados na denúncia como integrantes da associação (seis), alcançando nove anos de reclusão e cento e cinquenta dias-multa, a qual se torna definitiva, ante a ausência de causa de diminuição de pena" (fls. 71/72).

O e. Tribunal **a quo** deu provimento ao recurso da apelação do Ministério Público para reconhecer a agravante da reincidência. Destarte, tendo a pena do ora paciente sido fixada em **07 (sete) anos de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa**, devido a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravante da reincidência, afastando a majorante do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos), tornando-a definitiva neste patamar.

Em relação ao tópico "c", a ordem não merece ser conhecida.

De acordo com as informações constantes nos autos, observo que a tese de progressão de regime não foi objeto de apreciação pelo Juízo de Execuções Penais, tampouco pelo e. Tribunal **a quo**.

Assim, é imperioso asseverar que, para a obtenção da progressão de regime, no caso, faz-se necessário, inicialmente, que o benefício seja requerido perante o Juízo da Execução, na forma do art. 112 da Lei de Execução Penal, não sendo idônea a presente via para a análise, de plano, do pedido, sob pena de indevida supressão de instância.

Por tal razão, fica esta Corte impossibilitada de examinar a matéria ventilada no presente **mandamus**, sob pena de supressão de instância. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. RÉU CONDENADO AO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO DE REGIME. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI 8.072/90. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. No caso em apreço, o Juízo de Execuções Penais ainda não analisou o pedido de progressão ao regime semi-aberto feito pelo paciente, condenado ao regime integralmente fechado.

2. Porém, como é sabido, o STF assentou ser inconstitucional a vedação de progressão de regime de condenado, ainda que pela prática de crime hediondo - HC 82.959-7-SP -, tendo essa diretriz da Suprema Corte sido acolhida pela unanimidade dos Tribunais do País; sendo assim, o não conhecimento da presente ordem, sob o fundamento de supressão de instância, embora de inescusável acerto técnico-jurídico, apenas importaria ao paciente a uma maior espera por um pedido que seguramente teria atendimento.

3. Parecer do MPF pelo não conhecimento e, caso conhecido, pela concessão da ordem.

4. HC não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão-só e apenas para que o Juiz da Vara de Execuções Penais aprecie o requerimento de progressão de regime do paciente, decidindo-o como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entender de direito, atentando para a satisfação dos demais requisitos legais, notadamente as condições subjetivas para a fruição do benefício."

(HC 89.747/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 17/12/2007).

"HABEAS CORPUS. DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 121, § 2º, I E IV; 121, § 2º, IV E V; 155, CAPUT; 148, § 2º, POR CINCO VEZES, C.C. O ART. 61, II, B E C, NA FORMA DO ART. 70, SEGUNDA PARTE, TODOS DO CÓDIGO PENAL; E ART. 10 DA LEI Nº 9.437/97. PROGRESSÃO AO REGIME SEMI-ABERTO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Não havendo manifestação do Tribunal a quo nem do Juízo das Execuções Criminais acerca da possibilidade de progressão do paciente ao regime semi-aberto, fica o Superior Tribunal de Justiça impedido de fazê-lo, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Ordem não conhecida."

(HC 74.633/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 22/10/2007).

Ante o exposto, conheço parcialmente do **writ** e, nesta parte, concedo parcialmente a ordem apenas para afastar a aplicação do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos), fixando a pena definitiva em **07 (sete) anos de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0033641-0

HC 129668 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11255543 575012005005647 789669 993070101466

EM MESA

JULGADO: 23/02/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO APARECIDO MARCELINO FLORIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO APARECIDO MARCELINO FLORIANO (PRESO)

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de fevereiro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário