



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.074 - PE (2015/0132934-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JOAO AMERICO RODRIGUES DE FREITAS E OUTROS
ADVOGADO : JOÃO AMÉRICO RODRIGUES DE FREITAS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : EUGENIO ALMEIDA BISPO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTRITA DO **WRIT**. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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 ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perflhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Não se presta o remédio heróico a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, a pretensão de absolvição dos delitos previstos nos artigos 33, **caput**, e 35, **caput**, ambos da Lei n. 11.343/06.

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte, da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados.

V - Na hipótese, a fundamentação utilizada para valorar negativamente a culpabilidade não se revela idônea, uma vez que aplicável a todo e qualquer crime, devendo as penas-base serem conduzidas ao mínimo legal.

VI - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, a demonstração da intenção do agente de realizar o tráfico interestadual justifica a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, revelando-se desnecessária a efetiva comprovação da transposição de fronteiras. (**Precedentes**).

VII - No caso dos autos, verifica-se razoável o afastamento da aplicação da minorante. É que o fundamento para afastar o benefício foi a participação do paciente em organização criminosa, adequadamente fundamentada no v. acórdão impugnado.

VIII - **In casu**, em virtude do somatório de penas, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), nos termos do que se deduz da leitura do art. 33, § 2º, **a**, do Código Penal.

IX - À luz do art. 44 do Código Penal, o paciente não preenche os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.074 - PE (2015/0132934-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de EUGENIO ALMEIDA BISPO DOS SANTOS, contra acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 22 (vinte e dois) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso nas sanções dos artigos 33, 35 e 36, todos da Lei n. 11.343/06.

No julgamento da apelação, o eg. Tribunal de origem, por maioria, deu parcial provimento ao recurso da defesa, a fim de absolver o paciente do crime previsto no artigo 36, da Lei n. 11.343/06, redimensionando sua reprimenda para **11 (onze) anos, 9 (nove) meses e 5 (cinco) dias de reclusão**, mantendo, no mais, a r. sentença condenatória.

Transitada em julgado a condenação, propôs a defesa revisão criminal perante o eg. Tribunal **a quo**, o qual, por maioria, a julgou improcedente. Eis a ementa:

"PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO TRÁFICO INTERESTADUAL. FIXAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE, INOCORRÊNCIA DE QUAISQUER DAS HIPÓTESES LEGAIS DE REVISÃO DO JULGADO. CONDENAÇÃO LASTREADA EM AMPLO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO POR MAIORIA.

1 . No que se refere à ação Revisional, a lei procedimental limitou as possibilidades de cabimento, ex vi do disposto no art. 621 do Código de Processo Penal, aos casos em que ocorre erro judiciário proveniente de sentença que tomou por base prova falsa, ou que foi desautorizada pelo aparecimento de prova nova, ou ainda que afrontou o texto expresso de lei e a que contrariou a evidência dos autos.

2. No caso concreto, não só a Sentença condenatória como também o Acórdão exarado pela 1ª Câmara Criminal encontram-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devidamente fundamentadas, inexistindo espaço para quaisquer das nulidades acima descritas.

3. Revisão Criminal a qual se nega provimento por maioria de votos" (fls. 2.900-2.901).

Daí o presente **writ**, no qual alega o impetrante que *"não há elementos de prova de que o paciente tenha envolvimento com a conduta de tráfico de entorpecentes, contrariando assim o artigo 386, VII, tampouco se associado para este fim"* (fl. 18).

Sustenta, ademais, que *"não houve a aplicação da redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, quando, por ser visto que o paciente é primário, não registrando antecedentes criminais não se dedicar a atividade criminosa ou manter-se em organização de mesmo fim"* (fl. 27).

Alega, outrossim, que *"deve o magistrado fundamentar os motivos de se considerar desfavoráveis às circunstâncias judiciais analisadas, assim como qualquer causa de aumento ou agravante"* (fl. 29).

Requer, ao final, seja o paciente absolvido pelos crimes previstos nos arts. 33 e 35, da Lei n. 11.343/06.

E caso não seja este o entendimento, requer, *"subsidiariamente, a fixação da pena no mínimo legal, com a aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, no seu máximo patamar (2/3), bem como a readequação do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"* (fl. 33).

Liminar indeferida às fls. 3.051-3.052.

Informações prestadas às fls. 3.059-3.086.

O eminente representante do Ministério Público Federal, às fls. 3.092-3.099, manifestou-se pelo **não conhecimento da ordem**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.074 - PE (2015/0132934-6)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTRITA DO **WRIT**. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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 ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 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 (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Não se presta o remédio heróico a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, a pretensão de absolvição dos delitos previstos nos artigos 33, **caput**, e 35, **caput**, ambos da Lei n. 11.343/06.

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte, da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados.

V - Na hipótese, a fundamentação utilizada para valorar negativamente a culpabilidade não se revela idônea, uma vez que aplicável a todo e qualquer crime, devendo as penas-base serem conduzidas ao mínimo legal.

VI - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, a demonstração da intenção do agente de realizar o tráfico interestadual justifica a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, revelando-se desnecessária a efetiva comprovação da transposição de fronteiras. (**Precedentes**).

VII - No caso dos autos, verifica-se razoável o afastamento da aplicação da minorante. É que o fundamento para afastar o benefício foi a participação do paciente em organização criminosa, adequadamente fundamentada no v. acórdão impugnado.

VIII - **In casu**, em virtude do somatório de penas, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), nos termos do que se deduz da leitura do art. 33, § 2º, **a**, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

IX - À luz do art. 44 do Código Penal, o paciente não preenche os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 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 (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, no que concerne ao pedido de absolvição dos crimes de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes, tenho que a questão não pode ser objeto de apreciação na estreita via do **habeas corpus**, pois demandaria, impreterivelmente, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revolvimento de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de **habeas corpus**.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. MATERIALIDADE. LAUDO DEFINITIVO. EXISTÊNCIA. PERITO AD HOC. IMPEDIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ART. 40, VI, DA LEI 11.343/06. VINCULAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INEXISTÊNCIA. REGIME INICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DETRAÇÃO. JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. **O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita o revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição do paciente.**

5. Concluído pela Corte estadual, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava a atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

6. A aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06 não guarda relação de dependência com a condenação pelo delito de associação para o tráfico (art. 35), sendo que o envolvimento de criança ou adolescente, de per si, é circunstância apta a ensejar a majoração da pena, dispensado o dolo de se associar com estabilidade e permanência. Ademais, inviável perquirir sobre a participação ou não do infante nas práticas espúrias, dada a impossibilidade de revolvimento fático-probatório no veio restrito e mandamental do habeas corpus.

7. A questão do regime inicial não foi apreciada pelo acórdão impugnado, o que impede o seu conhecimento por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

8. Encerrada a prestação jurisdicional na alçada de conhecimento, cabe ao Juízo das Execuções decidir sobre detração de pena (Art. 66, II, "c", da Lei 7.210/84).

9. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 324.217/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 3/12/2015,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grifei).

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO WRIT. REGIME PRISIONAL FECHADO. FIXAÇÃO PELA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

3. Está pacificado neste Superior Tribunal o entendimento acerca da possibilidade de sucessiva prorrogação das interceptações telefônicas, desde que devidamente fundamentadas, apesar de o art. 5º daquele diploma prever prazo máximo de 15 (quinze) dias para tal medida, renovável por igual período (RHC 41.179/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015, e HC 210.022/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 05/09/2014).

4. Uma vez declarado pelo sentenciante não ter havido "desrespeito aos preceitos contidos na Lei 9.296/96", pois as escutas foram autorizadas judicialmente pelo prazo de 15 dias e renovadas por igual período, e assegurado pelo Tribunal de origem que as escutas e suas prorrogações "foram feitas mediante reiteradas autorizações judiciais" e "seguiram todas as diretrizes constitucionais e legais para o caso", não se divisa qualquer invalidade na prova colhida mediante interceptações telefônicas.

5. A via do remédio heroico não é adequada à discussão de questões que demandam o reexame do conjunto fático-probatório, tais como a análise da pretensão de absolvição delitiva.

6. A fixação da pena-base em seu patamar mínimo desmerece a alegação de exacerbação na dosimetria por desrespeito ao art. 59 do CP.

7. A Suprema Corte, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

8. A fixação do regime prisional mais gravoso com base no preceito reputado inconstitucional (sentença) e na gravidade em abstrato do delito (acórdão) denota, in casu, a necessidade de se avaliar, à luz de elementos concretos constantes dos autos e observadas as balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, afastada a obrigatoriedade de adoção do regime inicial fechado.

9. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, ex officio, para determinar que o Juízo da execução avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, afastada a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado"* (HC n. 270.031/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, DJe de 18/9/2015, grifei).

Ademais, vale ressaltar que as instâncias ordinárias apoiaram-se em robusto conjunto probatório para impor a condenação ao paciente, **consistente em provas testemunhais, interceptações telefônicas e quebras de sigilo bancário**, o que não autoriza a revisão das conclusões expostas em sede mandamental.

Passo a analisar o pedido de fixação da pena-base dos crimes de tráfico e associação para o tráfico no mínimo legal.

Assim o fazendo, assevero que melhor sorte socorre o impetrante.

A sentença fundamentou a dosimetria da pena do paciente nos seguintes termos:

"[...] PARA O ACUSADO EUGÊNIO ALMEIDA BISPO DOS SANTOS, EM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06.

1. DOSIMETRIA:

a) *Circunstâncias Judiciais (artigo 59, CP):*

a.1) ***culpabilidade: há alto grau de culpabilidade, vez que o agente praticou a ação sem nenhum juízo de reprovabilidade da conduta, embora tivesse condições de assim não atuar, pois declarou ter profissão definida como topógrafo, com amplas possibilidades de se manter com trabalho lícito. Desfavorável.***

a.2) *antecedentes: não há registro de antecedentes desfavoráveis, eis que não há nos autos certidão de sentença condenatória transitada em julgado. Circunstância favorável.*

a.3) *conduta social: não há informação segura de que o réu mantinha má conduta social anteriormente a este fato. Favorável.*

a.4) *personalidade: pelo que consta nos autos, é normal não demonstrando personalidade que possa ser valorada em seu desfavor. Favorável.*

a.5) *motivos do crime: A motivação aparente é a de que não se adequa à regra de boa convivência social de não obter enriquecimento ilícito, mas esta circunstância já é valorada no próprio tipo penal. Favorável.*

a.6) *circunstâncias do crime: adquiriu a droga em outro Estado, utilizando-se de outras pessoas, com o fim de distribuição da droga nesta comarca, sem qualquer aspecto especial que possa ser levado em seu desfavor. Favorável.*

a.7) *consequências do crime: não há notícia de consequências de maior*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravidade. Favorável.

a.8) comportamento da vítima: desinfluyente.

a.9) conforme art. 42 da lei n. 11.343/06, passo a analisar a natureza e a quantidade da substância: cerca de 01 Kg de cocaína, sem especial relevo para majoração da pena-base. Favorável.

b) Dosimetria (artigo 68, CP):

b.1) pena-base: considerando as circunstâncias judiciais, desfavorável ao réu em 01(um) item, dividindo-se as circunstâncias judiciais influentes (08) pela faixa de cominação, a pena deve ser fixada em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, na medida em que a cada circunstância desfavorável a pena deve se distancia da mínima, e pagamento de 660 dias-multa, fixando o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos, por entender ser o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

b.2) atenuantes e agravantes: não há.

b.3) causas de diminuição e aumento: Conforme exposto na parte de fundamentação desta sentença, não é possível a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/06, em razão do reconhecimento da associação e custeio para o tráfico. Há a causa de aumento do art. 40, V, da lei n. 11.343/06, motivo pelo qual aumento a pena em 1/6 (um sexto), à mingua de outros motivos para aumentá-la em fração maior, fixando-a em 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 770 dias-multa.

b.4) pena definitiva neste crime: em 07 (sete) anos, 03 meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 770 dias-multa, fixando o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos.

EM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/06

1. DOSIMETRIA:

a) Circunstâncias Judiciais (artigo 59, CP):

a.1) culpabilidade: há alto grau de culpabilidade, vez que o agente praticou a ação sem nenhum juízo de reprovabilidade da conduta, embora tivesse condições de assim não atuar, pois declarou ter profissão definida como topógrafo, com amplas possibilidades de se manter com trabalho lícito. Desfavorável.

a.2) antecedentes: não há registro de antecedentes desfavoráveis, eis que não há nos autos certidão de sentença condenatória transitada em julgado. Circunstância favorável.

a.3) conduta social: não há informação segura de que o réu mantinha má conduta social anteriormente a este fato. Favorável.

a.4) personalidade: pelo que consta nos autos, é normal não demonstrando personalidade que possa ser valorada em seu desfavor. Favorável.

a.5) motivos do crime: A motivação aparente é a de que não se adequa à regra de boa convivência social de não obter enriquecimento ilícito, mas esta circunstância já é valorada no próprio tipo penal. Favorável.

a.6) circunstâncias do crime: associa-se a, pelo menos, mais duas pessoas de forma estável e habitual com o fim de adquirir e vender drogas nesta comarca,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especialmente cocaína, sem qualquer aspecto especial que possa ser levado em seu desfavor. Favorável.

a.7) consequências do crime: não há notícia de consequências de maior gravidade. Favorável.

a.8) comportamento da vítima: desinfluyente.

a.9) conforme art. 42 da lei n. 11.343/06, passo a analisar a natureza e a quantidade da substância: a associação tinha por fim a venda da droga conhecida por cocaína, sem especial relevo para majoração da pena-base. Favorável.

b) Dosimetria (artigo 68, CP):

b.1) **pena-base: considerando as circunstâncias judiciais, desfavorável ao réu em 01 (um) item, dividindo-se as circunstâncias judiciais influentes (08) pela faixa de cominação, a pena deve ser fixada em 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, na medida em que a cada circunstância desfavorável a pena deve se distanciar da mínima, e pagamento de 800 dias-multa, fixando o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos, por entender ser o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.**

b.2) atenuantes e agravantes: não há.

b.3) causas de diminuição e aumento: **Há a causa de aumento do art. 40, V, da lei n. 11.343/06, motivo pelo qual aumento a pena em 1/6 (um sexto), à mingua de outros motivos para aumentá-la em fração maior, fixando-a em 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 933 dias-multa.**

b.4) pena definitiva neste crime: em 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 933 dias-multa, fixando o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos.

[...]

Para todos os acusados, fixo inicialmente o regime fechado, conforme art. 33, § 2º, letra 'a', e § 3º, do CP e § 2º da lei 8.072/90" (fls. 2.409-2.423).

O v. acórdão de apelação, por sua vez, assim estabeleceu:

"[...] Quanto ao pedido de redução das reprimendas, entendo não ser cabível qualquer modificação no quantum estabelecido pelo Juiz para os delitos remanescentes. Da análise da decisão objurgada, mais especificamente das fls. 702/708, percebe-se que o critério trifásico, bem como as circunstâncias pessoais dos apelantes e as circunstâncias do delito em si foram muito bem observadas pelo Magistrado sentenciante que, inclusive, fixou as reprimendas em patamares próximos do mínimo legal previsto nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06" (fl. 2.673).

Na presente hipótese, analisando a **primeira fase da dosimetria das penas**, observa-se que a pena-base do ora paciente para o **crime de tráfico foi fixada em 6 (seis) anos e 3 (três) meses, ou seja, 1 (um) ano e 3 (três) meses acima do mínimo legal, e**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o crime de associação em 3 (três) anos e 10 (dez) meses, ou seja, 10 (dez) meses acima do mínimo legal, sendo reconhecida a presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável, qual seja, aquela relativa à culpabilidade.

Contudo, forçoso reconhecer que a fundamentação utilizada para valorar negativamente a culpabilidade, justificada no fato de *"o agente ter praticado a ação sem nenhum juízo de reprovabilidade da conduta, embora tivesse condições de assim não atuar, pois declarou ter profissão definida como topógrafo, com amplas possibilidades de manter com trabalho lícito"*, é inidônea, revelando uma apreciação ilegítima da mencionada circunstância judicial.

Transcrevo, a seguir, precedentes desta Corte:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. PECULATO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. NOTIFICAÇÃO PRELIMINAR. ART. 514 DO CPP. DESNECESSIDADE. SÚMULA 330 DO STJ. CONCURSO DE AGENTES. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

3. In casu, relativamente às circunstâncias e consequências do delito, a exasperação foi embasada em elementos concretos, não merecendo reparo. Todavia, para o exame negativo da culpabilidade, o julgador limitou-se a apontar a potencial consciência da ilicitude e a possibilidade de conduta diversa.

4. A exigibilidade de conduta diversa é elemento que não faz parte do rol das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, já que, em verdade, é pressuposto da culpabilidade em sentido estrito, terceiro substrato do conceito analítico de crime (HC n. 238.219/PB, relator Ministro Walter de Almeida Guilherme, Desembargador Convocado do TJ/SP, Quinta Turma, DJe 5/11/2014).

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao paciente" (HC n. 288.658/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe de 17/2/2016).

"HABEAS CORPUS. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 201/67. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA-BASE. CULPABILIDADE. ASPECTO INERENTE AO CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA 444. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL VIOLADO. CONSIDERAÇÕES VAGAS E GENÉRICAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. A aptidão para compreender o caráter ilícito da conduta não pode ser considerada como circunstância judicial negativa, pois tem relação com a culpabilidade como elemento do crime, não se incluindo no rol do artigo 59 do Código Penal. Da mesma forma, a simples menção à intensidade do dolo, desprovida de qualquer amparo em circunstâncias concretas colhidas dos autos, também evidencia motivação inidônea para exasperação da pena-base.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, bem como para reconhecer a incidência da prescrição retroativa e, por conseguinte, a extinção da punibilidade" (HC n. 329.803/PB, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 25/11/2015).

Assim, desconsiderando a valoração negativa da circunstância judicial relativa à culpabilidade, **retorno as penas-base ao mínimo legal, fixando-as em 5 (cinco) anos de reclusão, para o crime de tráfico, e 3 (três) anos de reclusão, para o crime de associação.**

Na **segunda fase da dosimetria das penas**, mantenho incólumes os fundamentos lançados pelas instâncias ordinárias.

Por outro lado, no que concerne ao pleito de exclusão da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, na **terceira fase das dosimetrias**, tenho que o presente **writ** não merece ser conhecido.

In casu, colhe-se do v. acórdão da revisão criminal:

"[...] Em relação às interceptações, aquelas constantes às fls. 120/124 e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

186/199 são esclarecedoras acerca da efetiva participação do revisionando, EUGÊNIO ALMEIDA, na organização criminosa. **Encontramos detalhes relativos ao crime de tráfico interestadual narrado na exordial acusatória, oportunidade em que foi apreendido 1kg (um quilo) de cocaína em poder da acusada EMANUELLA WATSA, conhecida por 'Manu', utilizada como 'mula' pelos demais acusados**" (fl. 2.890).

Na presente hipótese, verifica-se que o entendimento do Tribunal **a quo** coaduna-se com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, é irrelevante a efetiva transposição das fronteiras estaduais, bastando a comprovação de que a droga tinha, como destino, outra unidade da federação, fato este que restou incontestado, conforme se observa da fundamentação do v. acórdão vergastado.

Neste sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE. DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, a demonstração da intenção do agente de realizar o tráfico interestadual justifica a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, revelando-se desnecessária a efetiva comprovação da transposição de fronteiras, como na hipótese (precedentes).

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 322.283/MS, Quinta Turma, de **minha relatoria** DJe de 15/12/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE. DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DAS FRONTEIRAS INTERESTADUAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. AUSÊNCIA.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática em que se indefere liminarmente o writ, substitutivo de recurso especial, quando evidenciado que o impetrante pretende o afastamento da majorante da transnacionalidade, em confronto com o entendimento da Sexta Turma deste Superior Tribunal.

2. Para a incidência da causa especial de aumento de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da transnacionalidade, basta a comprovação de que a droga estaria sendo transportada para outra unidade da Federação, independente de transposição das fronteiras estaduais. Precedente.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 321.683/MS, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 15/9/2015).

Aprecio, agora, a aplicabilidade do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

Neste particular, não obstante o tema não tenha sido apreciado na revisão criminal, o foi em sede de apelação, nos seguintes termos:

"[...] Destaco, ainda, que é incabível, no caso concreto, a aplicação da redução prevista no art. 33, § 4º, em relação ao apelante Eugênio (a minorante só é aplicável no caso do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06), pois o mesmo não preenche os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, pois como ficou esclarecido, ele é integrante de organização criminosa dedicada ao tráfico de entorpecentes" (fl. 2.673).

Insta asseverar, oportunamente, que os requisitos previstos na causa de diminuição (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica o afastamento da causa de diminuição de pena.

In casu, verifica-se razoável o afastamento da aplicação da minorante. É que o fundamento para afastar o benefício foi a **participação do paciente em organização criminosa**, adequadamente fundamentada no v. acórdão impugnado.

Neste sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as circunstâncias do caso levaram à conclusão de que os pacientes integrariam organização criminosa.

REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA DAS DROGAS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a gravidade concreta do delito é motivo suficiente à imposição do regime prisional mais severo.

2. Na hipótese, o Tribunal estadual concluiu de forma fundamentada quanto à necessidade de escolha do modo fechado de execução, haja vista a natureza dos estupefacientes apreendidos - crack, cocaína e maconha.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando encontram-se preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44 do Código Penal.

2. In casu, a pena foi estipulada em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda corporal em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

*3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 337.529/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 2/2/2016, grifei).*

"[...]

PENA. REDUTOR DO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXAME DE PROVA. VIA INADEQUADA. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CASO CONCRETO.

1. Concluído pela instância de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. Mantido o regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, não há constrangimento ilegal a ser sanado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Ordem não conhecida*" (HC n. 317.579/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 27/10/2015).

Outrossim, imperioso ressaltar, na linha da jurisprudência firmada por esta Corte Superior de Justiça, que a condenação por associação para o tráfico obsta, **automaticamente**, o reconhecimento da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, por revelar que o indivíduo se dedica à atividade criminosa. Vejamos:

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. NULIDADE. AUSÊNCIA. OFENSA AO MÉTODO TRIFÁSICO. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS PENAIIS SECUNDÁRIOS. REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REINCIDÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. *Não se aplica a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei. Ainda que assim não fosse, não seria possível a aplicação da referida minorante, haja vista que o paciente é reincidente, o que, por si só, já afastaria a incidência da benesse.*

[...]

6. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 342.317/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 2/2/2016).

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. CRIME CONSUMADO À ÉPOCA DA VIGÊNCIA DA LEI N. 6.368/1976. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 501 DO STJ. REGIME FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HEDIONDEZ DO CRIME. LEI N. 8.072/1990.
INCONSTITUCIONALIDADE.

[...]

3. A condenação por crime de associação para o tráfico também é fato impeditivo à aplicação da referida minorante.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, salvo se o réu por outro motivo encontrar-se em regime mais gravoso" (HC n. 318.023/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 22/2/2016).

Dessarte, redimensionadas as penas-base e mantidas as majorações impostas na terceira fase, torno definitivas as sanções, para o crime de tráfico, em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão** e, para o crime de associação, em **3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão**.

Com a aplicação das regras do concurso material de crimes, a **pena final** imposta será de **9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**.

Por fim, examino os argumentos relativos ao regime inicial de cumprimento de pena.

Cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal. Este também é entendimento perfilhado por esta Corte, **verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não existe razão para negar o regime inicial semiaberto.

9. Ordem de habeas corpus não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC n. 239.999/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 21/8/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. In casu, a imposição do regime inicial fechado baseou-se, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, sequer foi analisada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

*6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastadas a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, quanto aos três pacientes, e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quanto aos pacientes DEIVID e SIDNEY" (HC n. 271.147/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014, grifei).*

Não obstante tal entendimento, não se pode olvidar que, na **presente hipótese**, que o regime fechado é o único cabível em virtude da incidência da regra do concurso material, bem como pelo disposto no art. 33, § 2º, **a**, do Código Penal.

Por derradeiro, em decorrência do **quantum** das penas do paciente, não há falar em possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, na presente hipótese, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal.

Diante de tais considerações, **não conheço do writ**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para redimensionar as penas-base dos crimes cometidos pelo paciente, fixando-as, em definitivo, após a incidência da regra cúmulo material, em **9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, em regime inicial fechado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0132934-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 326.074 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0006012172011 0006021178170480 00093016920138170000 02701620 03136892
201402380878 2574689 2701620 3136892 6012172011 60121720118170480
6021178170480 68956120118170480 93016920138170000

EM MESA

JULGADO: 10/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOAO AMERICO RODRIGUES DE FREITAS E OUTROS
ADVOGADO	: JOÃO AMÉRICO RODRIGUES DE FREITAS E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	: EUGENIO ALMEIDA BISPO DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: EMANUELLA WATSA FERNANDES DA SILVA
CORRÉU	: WILMAR JOSE RAIMUNDO DA SILVA
CORRÉU	: REGIVAN FERREIRA BATISTA

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

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.