



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.457 - PB (2012/0253232-0)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : JOÃO ALVES JUNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE : FLÁVIO DE ARAÚJO SANTANA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. REMÉDIO CONSTITUCIONAL SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO. NULIDADE RELATIVA. ALEGAÇÕES FINAIS. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. VIOLAÇÃO NÃO CONSTATADA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. À luz do disposto no art. 105, I, II e III, da Constituição Federal, esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não vêm mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal, sob pena de se frustrar sua celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2. Entretanto, esse entendimento deve ser mitigado, em situações excepcionais, nas hipóteses em que se detectar flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser eliminada.

3. Eventual nulidade decorrente de inobservância das regras de prevenção é de natureza relativa, consoante entendimento sumulado da Suprema Corte (Súmula 706/STF).

4. Em consonância com os princípios da eficiência e da economia processual, faz-se necessária a demonstração de efetivo prejuízo quando se pretende o reconhecimento de nulidade, seja ela absoluta ou relativa, a teor do que preceitua o art. 563 do Código de Processo Penal.

5. O princípio da identidade física do juiz, previsto no artigo 399, § 2º, do CPP, não é absoluto, podendo a sentença penal ser proferida por outro juiz de direito quando o magistrado responsável pela colheita da prova no curso da instrução criminal se encontrar em uma das situações excepcionais enumeradas no artigo 132 do Código de Processo Civil.

6. Circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal ou considerações indevidas não podem servir como justificativa à majoração da pena-base.

7. Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na espécie, pois a condenação do paciente pelo crime previsto no art. 35 da referida Lei evidencia a participação em organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. A questão relativa à prisão preventiva não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, o que impede o conhecimento da matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

9. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir a pena do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 16 de abril de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.457 - PB (2012/0253232-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Flávio de Araújo Santana, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

Consta dos autos que o paciente, preso preventivamente, foi condenado como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, à pena total de 14 (catorze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a serem cumpridos inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 2.400 (dois mil e quatrocentos) dias-multa.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, conhecido em parte, e nesta, denegada a ordem.

Daí o presente *writ*, no qual se alega, preliminarmente, a incompetência do Juízo sentenciante, ao argumento de que o Juiz da 8ª Vara Criminal da Comarca de João Pessoa, ao autorizar a medida cautelar de interceptação telefônica, tornou-se prevento para o processamento do feito, nos termos do art. 83 do Código de Processo Penal.

Sustenta, também, a ocorrência de cerceamento de defesa, tendo em vista que o prazo para apresentar as alegações finais não obedeceu ao disposto no art. 403, § 3º, do CPP.

Ainda em preliminar, alega que a sentença condenatória foi prolatada por magistrado diferente daquele que presidiu a instrução criminal, configurando, a seu ver, ofensa ao princípio da identidade física do juiz.

Alternativamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal, afirmando que a exacerbação ocorreu sem a devida fundamentação, bem como a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo.

Pugna, ao final, pela revogação da prisão preventiva, em virtude da ausência de qualquer motivação idônea para sustentar a medida extrema.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela extinção do *writ* sem resolução do mérito ou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.457 - PB (2012/0253232-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): À luz do disposto no art. 105 da Constituição Federal, esta Corte de Justiça não vem mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, recurso especial, ou revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso próprio, impõe-se a rejeição da impetração.

Impende ressaltar que uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada obsta que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal.

Depreende-se do processado que o paciente foi condenado por tráfico e associação para o tráfico, por pertencer a um grupo criminoso de alta complexidade, tanto que, para o seu desmantelamento, fez-se necessária intensa investigação policial, levada a efeito por escutas telefônicas judicialmente autorizadas, o que viabilizou a apreensão de elevada quantidade de droga, a saber, mais de 7 kg (sete quilogramas) de cocaína (e-fls. 160/163).

A alegação de nulidade por incompetência parte da correta premissa de que o “juízo que determina a interceptação telefônica, sendo a primeira decisão nos autos, torna-se prevento para o julgamento da causa” (*vide*: HC 170.212/RJ, de minha Relatoria, DJe 29/06/2012).

Contudo, a prevenção é fenômeno jurídico que tem aplicação restrita à competência territorial, gerando nulidade relativa a sua inobservância, ao contrário das competências firmadas em razão da matéria e da pessoa, que geram nulidade absoluta.

Nesse sentido, é o entendimento já firmado pela Suprema Corte no enunciado da Súmula nº 706, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção.

Assim, não alegada a aludida incompetência relativa no momento próprio, conforme consta do acórdão impugnado, fica sanada a irregularidade, operando-se a preclusão, que tem como consequência a prorrogação da competência do Juízo que atuou no feito.

Confira-se o que disse o julgado (e-fl. 105):

No que tange a alegação de violação ao art. 83 do CPP, esta não se verifica, pois, tratando-se, no caso dos autos, de incompetência relativa, pois decorrente da inobservância da competência penal por prevenção, a sua arguição deve ser feita no prazo da defesa, sob pena de preclusão, conforme preconiza o art. 108 do Código de Processo Penal. Ademais, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, a nulidade, em matéria penal, só será declarada quando demonstrado prejuízo, o que não foi feito pelo impetrante.

Assim, não havendo prova de que a nulidade foi alegada no momento oportuno e ausente a comprovação de prejuízo, não há nulidade a ser declarada.

Nesse sentido, vejamos o seguinte precedente:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E DENÚNCIA CALUNIOSA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO OBJURGADO. RAZÕES SUCINTAS. ADMISSÃO DA MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O voto condutor do aresto objurgado declina as razões pelas quais não acolhe a pretensão formulada na inicial, reportando-se, ainda, aos argumentos lançados pelo membro do parquet na sua função de custos legis, permitindo-se concluir que atende à exigência contida no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

2. Consolidou-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que a adoção no acórdão do parecer ministerial, não se constitui, por si só, em constrangimento ilegal passível de tornar nula a referida decisão colegiada.

AÇÃO PENAL. INOBSERVÂNCIA À REGRA DE COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO. FATOS DELITUOSOS DISTINTOS. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE DE SE INFIRMAR A CONCLUSÃO EXARADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DISTRIBUIÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DA PREVENÇÃO. NECESSIDADE DE PRÁTICA DE ATO JURISDICIONAL. REGRA DE COMPETÊNCIA RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ENUNCIADO N. 706 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. No acórdão recorrido, o Tribunal de origem embasou a sua conclusão, dentre outros, no fato do delito de denúncia caluniosa narrado na ação penal deflagrada em desfavor dos recorrentes ser distinto daquele que vinha sendo investigado em inquérito que tramitou por juízo diverso, razão pela qual não incidiria a regra de competência por prevenção contida no artigo 83 do Código de Processo Penal.

2. Para a correta delimitação do objeto da referida investigação e posterior comparação com os fatos narrados na exordial acusatória, seria necessária a análise da íntegra do caderno investigatório, a qual não se encontra encartada nestes autos.

3. Como se sabe, o rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. Precedentes.

4. A precedência à que alude a segunda parte do artigo 83 do Código de Processo Penal, refere-se à prática de medida, ainda que anterior à deflagração da ação penal, de cunho eminentemente jurisdicional, característica que, se ausente, não é apta a justificar a fixação da competência por prevenção.

5. Os recorrentes, entretanto, apontam como causa ensejadora da prevenção do Juízo da 3ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre a prévia distribuição do Inquérito Policial n. 319/06, circunstância que não é apta a justificar a pretendida fixação de competência.

6. Ainda que assim não fosse, o enunciado 706 da Súmula do Supremo Tribunal Federal preceitua que "é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção".

7. Assim, o desrespeito à competência firmada por prevenção gera nulidade relativa, que deve ser reconhecida somente quando arguida no momento adequado e demonstrado o prejuízo para a defesa, ônus do qual não se desincumbiram os recorrentes.

8. Recurso improvido. (RHC nº 32.067/RS, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 26/3/2013)

Igualmente, não procede a alegada nulidade por cerceamento de defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta o impetrante que o prazo de 3 (três) dias fixado pelo Juízo de piso para apresentação das alegações finais não obedeceu ao disposto no art. 403, § 3º, do CPP, o que teria ocasionado evidente prejuízo.

Ocorre que, segundo se extrai do termo de audiência de e-fls. 221/222, a abertura de prazo de 3 (três) dias para apresentação dos memoriais foi requerida pelos próprios advogados do paciente, e deferida pelo magistrado, não havendo qualquer insurgência da defesa quanto a esse aspecto.

Vejamos, para melhor elucidação, trecho do termo de audiência referido:

(...) Abertos os trabalhos, pela M.M. Juíza foi dito: Ouvidas as últimas testemunhas arroladas pelo Ministério Público e aquelas trazidas pela defesa, foram dispensadas as oitivas de José Valderez, arrolado por Carlos Magno e as testemunhas Carlos Eduardo e Lázaro Carlos arroladas por Heliomar, restando, assim, encerrada a instrução. Defiro o requerimento das partes no sentido de que sejam apresentadas alegações finais por memoriais em razão da complexidade da causa e o avançar da hora, e para tanto também a requerimento das partes, defiro o prazo sucessivo de 3 dias indo primeiro os autos ao Ministério Público e depois à defesa de cada um dos acusados da ordem do que consta na denúncia.

Assim, não há que se cogitar da aludida nulidade, tendo em vista que o Juiz fixou o prazo atendendo a pedido da própria defesa. De toda forma, mesmo que se considerasse a hipótese de alguma irregularidade, o certo é que tal vício não foi arguido no momento processual oportuno, já que a defesa não se manifestou na audiência, e os memoriais escritos foram apresentados sem qualquer impugnação ao prazo estabelecido (e-fls. 152/153), o que pressupõe ter tido a defesa tempo hábil para sua confecção.

Ademais, não ficou demonstrada a ocorrência de prejuízo, circunstância essa que impediria o reconhecimento de eventual nulidade.

Destarte, em consonância com os princípios da eficiência e da economia processual, faz-se necessária a demonstração de efetivo prejuízo quando se pretende o reconhecimento de nulidade, seja ela absoluta ou relativa, a teor do que preceitua o art. 563 do Código de Processo Penal, o que, como facilmente observado, não ocorreu no caso em apreço.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa mesma direção decidiu a Corte local, senão vejamos (e-fls. 106/107):

Não se sustenta, também, a alegação de nulidade do feito, sob fundamento de cerceamento de defesa, em razão de o prazo para apresentar as alegações finais ter sido inferior ao previsto no art. 403, § 3º, do CPP.

Compulsando os autos, verifica-se que, no termo de audiência (fls. 72/73), a forma pela qual seriam apresentadas as alegações finais, bem como o prazo para seu oferecimento foram deferidos pelo juízo em atendimento ao requerimento das partes.

Assim, não há que se falar em qualquer nulidade, posto não ter sido objeto de impugnação, quer em audiência, quer por ocasião das alegações finais, acarretando preclusão, nem mesmo foi demonstrado prejuízo pelo impetrante.

De outro giro, a questão relativa à violação do princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP), por ter sido a sentença condenatória prolatada por magistrado diferente daquele que presidiu a instrução criminal, não foi conhecida no acórdão impugnado, mas foi julgada posteriormente em apelação (033.2008.004031-5/002), na qual ficou consignado o seguinte (e-fl. 301):

No caso, verifica-se que, efetivamente, quem presidiu a instrução foi a magistrada Antonieta Lúcia Maroja Arcoverde Nóbrega Santos. Contudo, nenhum vício se constata, porque o Dr. Falkandre de Souza Queiroz, que prolatou a sentença condenatória, estava atuando em substituição à titular anteriormente nominada a qual fora designada para exercer as atribuições de Juíza Corregedora, conforme atesta certidão exarada pelo Secretário Administrativo deste Tribunal às fls. 675.

Assim, observa-se que a magistrada responsável pela colheita da prova no curso da instrução criminal se encontrava em uma das situações excepcionais enumeradas no art. 132 do Código de Processo Civil, designada para exercer as atribuições de Juíza Corregedora, razão pela qual não se vislumbra qualquer mácula na prolação de sentença por outro Juiz de Direito.

Conforme já decidiu esta Corte, "não obstante o princípio da identidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

física do Juiz (...) determinar que o magistrado que concluir a instrução em audiência deverá sentenciar o feito, tem-se que tal princípio não é absoluto. Assim, em razão da ausência de normas regulamentares específicas, deve-se aplicar por analogia o disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que no caso de ausência por convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, deverão os autos passar ao sucessor do magistrado" (AgRg no Ag 1299889/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26.10.12). No mesmo sentido: HC 260.057/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 26/03/2013; AgRg nos EDcl no Ag 1325827/SC, DJe 18/02/2013; HC 204.483/ES, de minha Relatoria, DJe 19/12/2012.

Em relação à dosimetria, ao fixar as penas do tráfico ilícito de entorpecentes e da associação para o tráfico, consignou o magistrado local o seguinte (fls. 121/122):

Passo à dosagem da pena, considerando cada um dos acusados, tendo em vista as circunstâncias judiciais do art. 59, CP: FLÁVIO DE ARAÚJO SANTANA:

Com relação ao crime previsto no art. 33 da Lei 11/343:

I. é primário;

II. agiu sabendo da ilicitude de seus atos, e suas consequências

III. nada foi apurado contra sua conduta social e personalidade de pessoa;

IV. o motivo do crime foi o do ganho fácil;

V. as consequências são mais graves possíveis, fazendo aumentar a criminalidade, além de ser causa principal de todo tipo de mazela social;

Isto posto, considerando que a pena em abstrato prevista varia cinco a quinze anos de reclusão e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa, fixo como pena base 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 900 (seiscentos) dias-multa. Considerando a causa de aumento prevista no art. 40, VI da Lei 11.343/07, e atento às circunstâncias acima analisadas, aumento as penas em 1/3, perfazendo 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 1.200 (um mil e duzentos) dias multa, que torno definitivas face ausência de outras atenuante, ou causa de aumento ou diminuição da pena.

O dia-multa será calculada na base de um 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Por ocasião da fixação da pena-base, a pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente em regime Fechado no local onde encontra-se preso; ou em outro á critério da VEP competente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com relação ao crime previsto no art. 35 da Lei 11/343:

VI. é primário;

VII. **agiu sabendo da ilicitude de seus atos, e suas consequências**

VIII. nada foi apurado contra sua conduta social e personalidade de pessoa;

IX. **o motivo do crime foi o do ganho fácil;**

X. **as consequências são mais graves possíveis, fazendo aumentar a criminalidade, além de ser causa principal de todo tipo de mazela social;**

Isto posto, considerando que a pena em abstrato prevista varia três a dez anos de reclusão e pagamento de setecentos a mil e quinhentos dias-multa, fixo como pena base 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 900 (seiscentos) dias-multa. Considerando a causa de aumento prevista no art. 40, VI da Lei 11.343/07, e atento às circunstâncias acima analisadas, aumento as penas em 1/3, perfazendo 6 (seis) anos de reclusão, e 1.200 (um mil e duzentos) dias multa, que torno definitivas face ausência de outras atenuante, ou causa de aumento ou diminuição da pena.

O dia-multa será calculada na base de um 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Por ocasião da fixação da pena-base, a pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente em regime Fechado no local onde encontra-se preso; ou em outro á critério da VEP competente.

Por último, atendendo a regra do art. 69 do CP (concurso material), procedo o somatório das penas aplicadas a cada um dos crimes, **PERFAZENDO UM TOTAL DE 14 (catorze) ANOS E 08 (oito) MESES DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE 2.400 (DOIS MIL QUATROCENTOS) DIAS MULTA**, que torno definitivas.

O dia-multa será calculada na base de um 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Por ocasião da fixação da pena-base, a pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente em regime Fechado no local onde encontra-se preso; ou em outro á critério da VEP competente.

O réu aguardará o julgamento do recurso, porventura interposto, preso, vez que os motivos de sua prisão preventiva ainda persistem.

No Tribunal, a reprimenda foi mantida, tanto no julgamento do *habeas corpus* lá impetrado (e-fl. 107) quanto no julgamento da apelação (e-fls. 308/309).

É cediço que a pena-base deve ser estabelecida de maneira concreta e fundamentada (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessária e suficiente para reprovação e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevenção do delito.

Inferre-se da sentença condenatória que as penas-base dos crimes de tráfico e associação foram fixadas acima do mínimo legal em razão da análise negativa das circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade, aos motivos e às consequências do crime.

Em ambas as análises feitas pelo Magistrado, vislumbra-se que não foram apontados dados concretos que justificassem a consideração desfavorável das circunstâncias judiciais.

A culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão somente em função de o réu possuir consciência da ilicitude dos seus atos. Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente.

Na hipótese, também houve a indevida exasperação a título de motivos do crime, pois a alusão ao lucro fácil é inerente ao tipo penal.

Quanto às consequências, restringiu-se o Magistrado a afirmações genéricas no sentido de serem as *“mais graves possíveis, fazendo aumentar a criminalidade, além de ser causa principal de todo tipo de mazela social”*. Evidentemente que tais expressões, por si só, não justificam o aumento estabelecido, devendo a ordem ser concedida de ofício para sanar a ilegalidade.

Mas antes de refazer a dosimetria, ressalta-se que o pedido de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não foi analisado no acórdão impugnado, em razão de a matéria demandar dilação probatória, inviável em sede de *habeas corpus* (e-fl. 107).

Ademais, inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, pois a condenação do paciente pelo crime constante no art. 35 da Lei nº 11.343/06 demonstra a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, conforme ficou consignado no julgamento de apelação interposta pelo paciente (e-fl. 309).

Sobre o tema, os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PERSONALIDADE. ARGUMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

[...]

4. Não obstante a recorrente seja tecnicamente primária e possuidora de bons antecedentes, infere-se que as instâncias negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais, somadas à condenação também pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, levaram a crer que a sentenciada integraria organização criminosa.

5. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a recorrente não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amalhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária.

6. Recurso em habeas corpus parcialmente provido, a fim de reduzir a pena-base da recorrente, tornando a sua reprimenda definitiva em 8 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 800 dias-multa.

(RHC 28.220/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 13/03/2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Inviável a aplicação, na espécie, da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35, caput, da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes.
(HC 148.226/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 17/03/2011, DJe 28/04/2011).

2. Ordem denegada.

(HC 160.496/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), DJe 15/06/2011)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ARTS. 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

[...]

II - Inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 à ré condenada como incurso no art. 35 da referenciada Lei, porquanto evidenciada que integra organização criminosa. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido."

(REsp n.º 1.072.014/MG, Rel. Min. Felix Fisher, Dje 31/08/2009)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. INCIDÊNCIA RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É firme o entendimento desta Turma no sentido de que a causa de diminuição insculpida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pode incidir nos crimes cometidos ainda na vigência da lei anterior.

2. Contudo, na hipótese, o Juízo de primeiro grau concluiu que a paciente integrava organização criminosa voltada para o comércio de entorpecente, o que culminou com sua condenação pelo delito de associação para o tráfico, previsto, na época, no art. 14 da Lei nº 6.368/76.

3. Ordem denegada.

(HC n.º 127.639/SP, de minha relatoria, DJe 07/06/2010)

Dito isso, as penas devem ser redimensionadas, o que passo a fazer desde já.

Considerando que foram afastadas todas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, em relação ao tráfico, fixo a pena-base no mínimo legal. Não há atenuantes, agravantes e causas de diminuição a serem consideradas.

Na terceira etapa, levando em conta que o Magistrado havia fixado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, em 1/3 (um terço) em razão das circunstâncias judiciais negativas, aqui afastadas, reduzo a majoração nessa fase para 1/6 (um sexto), fixando definitivamente a reprimenda em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Também reduzo para o mínimo legal a pena-base do crime de associação para o tráfico. À míngua de atenuantes, agravantes e causas de diminuição, majoro a pena em 1/6 (um sexto), pelo mesmo motivo acima explicitado, em razão da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, fixando a pena definitivamente em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 817 (oitocentos e dezessete) dias-multa.

Pelo concurso material de crimes, somo as penas, totalizando a reprimenda do paciente em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, à razão mínima.

Mantenho o regime fechado em razão do *quantum* da pena, observado o disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal.

Por fim, o pedido de revogação preventiva não foi apreciado pelo Tribunal estadual por não ter sido juntado aos autos o decreto da custódia preventiva do paciente (e-fl. 108), o que impede a análise da matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 9 (nove) anos e (quatro) meses de reclusão, mais 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, à razão mínima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0253232-0

HC 260.457 / PB
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 3320080040315

EM MESA

JULGADO: 16/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOÃO ALVES JUNIOR
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE	: FLÁVIO DE ARAÚJO SANTANA (PRESO)
CORRÉU	: CARLOS MAGNO BARCIA ARARUNA
CORRÉU	: JOANILTON DE FRANÇA FIDELIS
CORRÉU	: HELIOMAR DA COSTA CRUZ
CORRÉU	: ARNALDO RODRIGUES FERNANDES

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.