



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.296 - MG (2011/0063526-2)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : CLAUDIA MARCELA NASCIMENTO CAMARA FERNANDES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ALDEIR ANTONIO VIEIRA
PACIENTE : FELIPE GONÇALVES PEREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. 1) ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 2) TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INVIABILIDADE. 3) EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE DO PRIMEIRO PACIENTE. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS INTEGRANTES DO TIPO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. 4) FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO. FLAGRANTE ILEGALIDADE QUANTO AO SEGUNDO PACIENTE. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR SUBSTITUTIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE À LUZ DO ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– As instâncias ordinárias entenderam caracterizada a conduta delitiva prevista no art. 35 da Lei n. 11.343/06, calcando-se em elementos dos autos para concluir pela associação estável e permanente dos acusados para a mercancia de entorpecentes. Para se desconstituir as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, mostra-se necessário o reexame detalhado do arcabouço fático-probatório da ação penal, providência incompatível com os estreitos limites da via eleita.

– Mantida a conclusão das instâncias ordinárias, no sentido de que os acusados compunham organização criminoso, não há lugar para a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, que autoriza a redução da pena do delito de tráfico de drogas de um sexto a dois terços, desde que observadas determinadas condições, dentre as quais a ausência de dedicação do réu à atividade criminoso.

– Quanto ao primeiro paciente, constata-se que, no tocante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à culpabilidade do agente e aos motivos do crime, não há notícia de nenhuma peculiaridade dos autos que sobressaia aos próprios elementos integrantes dos tipos penais de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para o tráfico. Com efeito, a reprovabilidade da conduta, exigindo-se-lhe outra diversa, bem como a gravidade das consequências dos delitos em questão para a saúde pública são ínsitas aos próprios tipos penais, conforme vontade legislativa. A ausência de motivo para as condutas criminosas tampouco se afigura fundamento idôneo para a exasperação da pena-base inserta em tais dispositivos.

– A fixação do regime prisional para os delitos em questão deve ser feita em consonância com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, lembrando, ainda, que, no julgamento do *habeas corpus* n. 111.840/ES o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava o regime obrigatoriamente fechado para os condenados por crimes hediondos ou equiparados. Na mesma esteira, as Súmulas n. 440 desta Corte e n. 719 do Supremo Tribunal Federal, ambas orientando no sentido de que a fixação de regime prisional mais gravoso que o cabível deve calcar-se em fundamentação idônea.

– *In casu*, em que pese a menção ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, verifica-se que a fixação do regime inicial fechado para o primeiro apenado justifica-se à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, em especial pelos antecedentes criminais do acusado. Todavia, verifica-se que o regime prisional inicialmente fechado para o segundo paciente foi fixado com base exclusivamente na hediondez do delito, não se fazendo menção a circunstâncias judiciais desfavoráveis que não sejam intrínsecas aos delitos praticados - gravidade abstrata. Assim, considerando o trânsito em julgado da condenação e a pena total aplicada, impõe-se a reavaliação, pelo Juízo das execuções, do regime inicial de cumprimento de pena, que deve ser fixado a partir dos elementos concretos dos autos, ressaltando a possibilidade da aplicação de regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

– A fixação da pena acima de 4 (quatro) anos impede a sua substituição por medidas restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para: (i) redimensionar a pena do paciente ALDEIR; (ii) determinar que o Juízo das execuções avalie, a partir de elementos concretos dos autos, a possibilidade da aplicação de regime diverso do fechado ao paciente FELIPE, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, afastado o fundamento da hediondez do delito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.296 - MG (2011/0063526-2)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : CLAUDIA MARCELA NASCIMENTO CAMARA FERNANDES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ALDEIR ANTONIO VIEIRA
PACIENTE : FELIPE GONÇALVES PEREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de ALDEIR ANTONIO VIEIRA e FELIPE GONÇALVES PEREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação n. 1.0024.07.667005-8/001).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incursos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06 às penas de 10 anos de reclusão e 1.400 dias-multa (primeiro paciente), e 8 anos de reclusão e 1.200 dias-multa (segundo paciente), ambos em regime inicialmente fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, desprovida pelo Tribunal de origem, em acórdão assim ementado:

EMENTA: TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO - ABSOLVIÇÃO - DEPOIMENTOS POLICIAIS - DEMAIS PROVAS - DELITO CARACTERIZADO. Inadmissível o pedido de absolvição por insuficiência de provas quando os réus são flagrados por policiais em conhecido ponto de tráfico na posse de maconha, tendo sido parte da droga localizada com um réu e outra parte escondida próximo ao outro, sendo torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos ou suspeitos em prestar depoimento, prevalecendo suas palavras, principalmente se harmônicas com o conjunto probatório dos autos. PENA - REDUÇÃO - FALTA DE AMPARO FÁTICO, LÓGICO OU JURÍDICO. Se o plexo das circunstâncias judiciais, dentro do cenário fático probatório, apresenta circunstâncias desfavoráveis, que sustentam imposição penal acima do mínimo legal, a pretensão de redução sem fundamento não se justifica lógica ou juridicamente. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI FEDERAL N



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06 - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PATENTE - AFASTAMENTO. Se de fato o local onde se exercia a traficância mostra-se dominado por duas grandes organizações de droga, ficando patente que um dos associados já foi flagrado com rádio de comunicação em vigília no local, impossível a aplicação da causa de diminuição, pelo só fato de que o exercício do tráfico no específico local dominado pressupõe que os réus participem de uma daquelas duas empreitadas criminosas que contam com inúmeros comparsas, porque notória a dominância exercida na Favela do Cafezal por duas unidades bem organizadas. PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - ISENÇÃO - SÚMULA 58, DO TJMG. O juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804, CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50. Recurso não provido. (fls. 260)

No presente *writ*, a defesa sustenta que os pacientes devem ser absolvidos da imputação de associação para o tráfico, pois não comprovadas a estabilidade e a permanência na prática delitiva, limitando-se o caso em exame à hipótese de coautoria da conduta de tráfico de drogas.

Aduz que, como corolário da absolvição quanto ao delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06, deve ser aplicada a redutora prevista no art. 33, § 4º, do mesmo diploma, o que, ademais, afasta a hediondez do crime, autorizando-se a fixação de regime inicial menos gravoso para o cumprimento das penas.

Defende a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, diante das condições pessoais favoráveis dos acusados e da aplicabilidade da redutora acima. Afirma, ainda, a inconstitucionalidade da vedação à substituição, prevista no art. 44 da Lei de Drogas.

Assevera a viabilidade do redimensionamento das penas-bases cominadas, ao argumento de que as circunstâncias judiciais são favoráveis aos pacientes. Alega que os elementos do tipo foram utilizados para exasperação das reprimendas básicas, que devem ser fixadas no patamar mínimo legal.

Pugna, assim, (i) pela absolvição quanto ao delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06, (ii) pela aplicação do art. 33, § 4º, da mesma norma, fixando-se regime inicial menos gravoso que o fechado para o cumprimento das penas, (iii) pela substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos e (iv) pelo redimensionamento das reprimendas, fixando-se a pena-base ao patamar mínimo legal.

Prestadas informações às fls. 388/411, 413/775, 794/843, 845/900 e 902/905.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 778/781, pelo conhecimento parcial do *writ* e, na extensão conhecida, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.296 - MG (2011/0063526-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique em ofensa à liberdade de locomoção dos pacientes (HC 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/09/2014).

Assim, diante da possibilidade da concessão da ordem de ofício, passo à análise dos pedidos deduzidos.

Quanto ao delito de associação para o tráfico, estes foram os fundamentos da sentença condenatória, no pertinente:

Conforme restou exaustivamente provado nos autos, os acusados estavam associados para a prática do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual inevitavelmente deverão ser condenados no delito descrito no art. 35 do mesmo diploma legal, pouco importando se a associação tinha caráter permanente ou não. Este é o entendimento de Sérgio Ricardo de Souza, in A Nova Lei de Antidrogas, Lei 11.343/2006, Comentada e Anotada, Editora Impetus, verbis: "Verifica-se que em relação a associação para a prática de qualquer dos crimes previstos na cabeça do art. 33 e no seu § 1º, bem como no art. 34 desta lei, a tipificação da conduta exige apenas o requisito objetivo do número de pessoas (duas ou mais pessoas) e o requisito subjetivo de que a associação seja para o fim específico de 'praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 10, e art. 34 desta Lei', havendo expressa afirmativa de que não se exige reiteração da conduta (reiteradamente ou não), nisso se assemelhando à causa de aumento de pena prevista na primeira parte do inciso III, do art. 18 da Lei 6.368/76, a qual foi também por ele incorporada, tanto que ela faz parte do rol de causas de aumento previstas no art. 40 desta Lei. Tende a desaparecer, portanto, a longa controvérsia acerca do caráter 'duradouro ou permanente' da associação para o tráfico e da eventualidade da reunião de agentes na hipótese da causa de aumento prevista na lei revogada".

Os elementos concatenados são suficientes a evidenciar a ligação estável, permanente entre os acusados, objetivando a efetivação da comercialização das substâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes, comandando assim o tráfico de drogas na região, face a grande quantidade de droga apreendida e ser o local ponto de tráfico.

Comprovou-se a associação permanente, bem como a prática reiterada do delito. Em face das conclusões alcançadas, os autos evidenciam uma associação de caráter estável, decorrente do vínculo entre os denunciados em relação à guarda da droga e comercialização, presente a comprovação da associação, devendo, pois, serem condenados, também, no delito previsto no art. 35 da lei 11.343/06, restando devidamente reconhecido o concurso material de crimes.

Observa-se, ainda, que os policiais militares ouvidos nos autos, foram unânimes em afirmarem que os dois acusados estavam juntos quando avistados pela guarnição, informaram, ainda, que após os fatos, os dois foram novamente abordados, sendo que estes sempre andavam juntos.

(...)

Conforme demonstram as provas colhidas, os acusados encontravam-se no referido local onde a droga foi apreendida, cabendo-lhes demonstrar que pertencia a outrem, obrigação da qual não se desincumbiram.

Portanto, diante do conjunto probatório não há como prosperar a negativa de autoria, mostrando-se a versão de inocência pueril e frágil ante os demais elementos coligidos nos autos.

Assim, tenho os acusados como incursos, também, nas sanções do art. 35 da lei 11.343/06, devendo, por isso, sofrer as reprimendas legais àqueles que transgridem as suas normas. (fls. 199/200)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve a condenação, assinalando:

(...) Mas, no caso dos autos, o fato de os réus terem sido surpreendidos no ponto de venda de entorpecentes, cada um portando parte da droga advinda da mesma origem, já demonstra, sem sombra de dúvidas, que ambos agiam com unidade de desígnios para perpetrar o tráfico.

Aliás, deixo consignado que a pretensão de desqualificar o contexto associativo no caso dos autos não, admitiria sequer avaliação diversa, porque, ainda que exigisse a estabilidade como meio para a averiguação, não há dúvida de que os réus fariam parte de uma das duas grandes organizações criminosas que dominaram o tráfico na Favela do Cafezal, porque, de outra forma jamais estariam disseminando droga naquela região, nem por breves minutos, o que, aliás, se confirma pelo fato de um deles já ter sido avistado dando apoio ao tráfico com comunicador.

Patente, portanto, a conjunção de esforços e a associação com o único propósito de distribuição da droga. (fls. 278/279)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se que as instâncias ordinárias entenderam caracterizada a conduta delitiva prevista no art. 35 da Lei n. 11.343/06, calcando-se em elementos dos autos para concluir pela associação estável e permanente dos acusados para a mercancia de entorpecentes. Para se desconstituir as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, mostra-se necessário o reexame detalhado do arcabouço fático-probatório da ação penal, providência incompatível com os estreitos limites da via eleita.

Mantida a conclusão das instâncias ordinárias, no sentido de que "os acusados estavam associados, e, portanto, compunham uma organização criminosa, a qual era voltada ao tráfico de drogas" (fls. 201), não há lugar para a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, que autoriza a redução da pena do delito de tráfico de drogas de um sexto a dois terços, desde que observadas determinadas condições, dentre as quais a ausência de dedicação do réu à atividade criminosa.

Noutro ponto, o Magistrado de primeiro grau fixou as penas, consignando que:

- Quanto ao réu ALDEIR ANTONIO VIEIRA:

a) Em relação ao delito previsto no, art. 33, da Lei 11.343/06

Considerando a culpabilidade ou a conduta do réu, que é extremamente reprovável, exigindo-se-lhe outra inteiramente diversa; seus antecedentes criminais, vejo que é reincidente; as circunstâncias do crime foram próprias do delito; as consequências do crime que foram graves para a saúde pública; a conduta social do réu, não há como aquilatá-la, ante a ausência de elementos informativos; sua personalidade, que foi pouco enfocada nos autos; - os motivos do crime que não lhe são favoráveis, ante a existência de justificativa para seu ingresso no mundo dos crimes, e o comportamento da vítima, no caso a sociedade, em nada contribuiu para o crime.

Por tal, fixo ao réu a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias/multa, deixando de considerar a agravante da reincidência, eis que esta já foi considerada para a fixação da pena-base, evitando-se assim, o bis in idem, concretizando-a neste patamar, em face da inexistência de outras circunstâncias atenuantes ou outras agravantes, bem como de causas de diminuição e aumento da pena, devendo esta ser cumprida em regime inicialmente FECHADO, na esteira do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela novel Lei 11.464/07, que dispõe que: "A pena por crime previsto neste artigo (dentre eles o tráfico de entorpecentes), será cumprida inicialmente em regime fechado".

b) Quanto ao crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando a culpabilidade ou a conduta do réu, que é extremamente reprovável, exigindo-se-lhe outra inteiramente diversa; seus antecedentes criminais, veja que é reincidente; as circunstâncias do crime foram próprias do delito; as consequências do crime que foram graves para a saúde pública; a conduta social do réu, não há como aquilatá-la, ante a ausência de elementos informativos; sua personalidade, que foi pouco enfocada nos autos; os motivos do crime que não lhe são favoráveis, pois nada que justificasse seu ingresso no mundo das drogas, e o comportamento da vítima, no caso a sociedade, em nada contribuiu para o crime.

Por tal, fixo ao réu a pena base em 04 (quatro) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias/multa, deixando de considerar a agravante da reincidência, eis que esta já foi considerada para a fixação da pena-base, evitando-se assim, o bis in idem, concretizando-a neste patamar, em face da inexistência de outras circunstâncias atenuantes ou outras agravantes, bem como de causas de diminuição e aumento da pena, devendo esta ser cumprida em regime inicialmente FECHADO.

Em face do concurso material reconhecido nesta sentença, procedo ao somatório das penas aplicadas, perfazendo a corporal em 10 (dez) anos, e a pecuniário em 1.400 (um mil e quatrocentos) dias.

-Quanto ao réu FELIPE GONCALVES PEREIRA:

a) Em relação ao delito previsto no art. 33, da Lei 11.343/06 Considerando a culpabilidade ou a conduta do réu, que é extremamente reprovável, exigindo-se-lhe outra inteiramente diversa; seus antecedentes criminais, vejo que é primário; as circunstâncias do crime foram próprias do delito; as consequências do crime que foram graves para a saúde pública; a conduta social do réu, não há como aquilatá-la, ante a ausência de elementos informativos; sua personalidade, que foi pouco enfocada nos autos; os motivos do crime que não lhe são favoráveis, pois visava somente o ganho fácil, e o comportamento da vítima, no caso a sociedade, em nada contribuiu para o crime.

Por tal, fixo ao réu a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias/multa, concretizando-a neste patamar, em face da inexistência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como de causas de diminuição e outras de aumento da pena, devendo esta ser cumprida em regime inicialmente FECHADO, na esteira do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela novel Lei 11.464/07, que dispõe que: "A pena por crime previsto neste artigo (dentre eles o tráfico de entorpecentes), será cumprida inicialmente em regime fechado".

b) Quanto ao crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/06.

Considerando a culpabilidade ou a conduta do réu, que é extremamente reprovável, exigindo-se-lhe outra inteiramente diversa; seus antecedentes criminais, vejo que é primário; as circunstâncias do crime foram próprias do delito; as consequências do crime que foram graves para a saúde pública; a conduta social do réu, não há como aquilatá-la, ante a ausência de elementos informativos; sua personalidade, que foi pouco enfocada nos autos; os motivos do crime que não lhe são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoráveis, pois visava somente o ganho fácil, e o comportamento da vítima, no caso a sociedade, em nada contribuiu para o crime. Por tal, fixo ao réu a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, concretizando-a neste patamar, em face da inexistência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como de causas de diminuição e aumento da pena, devendo esta ser cumprida em regime inicialmente FECHADO.

Em face do concurso material reconhecido nesta sentença, procedo ao somatório das penas aplicadas, perfazendo a corporal em 08 (oito) anos, e a pecuniária em 1.200 (um mil e duzentos) dias.

Fixo o dia-multa, à razão diária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, corrigido até o efetivo pagamento.

Quanto à exasperação da pena-base do paciente ALDEIR, verifico que as penas foram recrudescidas às razões de 1/5 e 1/3, respectivamente aos delitos dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06, notadamente em função da reincidência do acusado, aqui utilizada como circunstância desfavorável, expressamente evitando-se o seu uso novamente como agravante, inexistindo falar em *bis in idem* na espécie, mas também afirmando como desfavoráveis a culpabilidade do agente, as consequências do crime e os motivos do delito.

Constata-se que, no tocante à culpabilidade do agente e aos motivos do crime, não há notícia de nenhuma peculiaridade dos autos que sobressaia aos próprios elementos integrantes dos tipos penais de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para o tráfico. Com efeito, a reprovabilidade da conduta, exigindo-se-lhe outra diversa, bem como a gravidade das consequências dos delitos em questão para a saúde pública são ínsitas aos próprios tipos penais, conforme vontade legislativa. A ausência de motivo para as condutas criminosas tampouco se afigura fundamento idôneo para a exasperação da pena-base inserta em tais dispositivos.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. PECULATO (CP, ART. 312, CAPUT). PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ANÁLISE DESFAVORÁVEL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEVAÇÃO JUSTIFICADA ANTE O SUBSTANCIAL VALOR DESVIADO PELO FUNCIONÁRIO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A revisão da dosimetria da pena no habeas corpus somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

censurabilidade da conduta, deve ser decotada da dosimetria quando o acórdão deixa de registrar a maior censurabilidade da conduta, como limite à sanção estatal, cingindo-se a afirmar que o acusado agiu com culpabilidade devidamente comprovada e que sua conduta merece a devida reprovação social.

3. Os motivos e as circunstâncias do crime não podem ser analisados de forma desfavorável com base em fundamentos inerentes ao tipo penal, já sopesados pelo legislador para cominar a pena em abstrato para o crime. O acórdão recorrido violou o art. 59 do CP, pois deixou de apontar elementos acidentais mais graves do crime, que não participam da estrutura típica. Ademais, a finalidade de desviar valor em proveito de terceiro é inerente ao crime de peculato-desvio, devendo as vetoriais ser excluídas da dosimetria.

4. Não há ilegalidade no aumento da pena-base, a título de consequências do peculato, quando o julgador registra a grande quantia desviada pelo funcionário público em proveito alheio. A conduta ilícita acarretou um prejuízo de R\$ 184.286,00 para empresa particular, valor destinado ao pagamento de impostos que deixaram de ser recolhidos aos cofres públicos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a violação do art. 59 do CP e redimensionar a pena do paciente para 2 anos e 9 meses de reclusão e 20 dias-multa. (HC 223.071/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ART. 1º DO DECRETO-LEI 201/67. CONDENAÇÃO. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. EXAME DAS PROVAS. VEDAÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INQUIRÇÃO POR CARTA PRECATÓRIA. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. QUESTÕES INERENTES AO TIPO PENAL. BIS IN IDEM. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. MOTIVAÇÃO CONCRETA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento.

2. Não há falar em nulidade se o Tribunal de origem asseverou que os advogados estavam presentes nos interrogatórios dos corréus e não foram coibidos de fazer as perguntas pertinentes. No entanto, a Defesa limitou-se a repetir a tese, sem infirmar os fundamentos do acórdão e sem demonstrar que foi efetivamente impedida de perguntar. Nesta via estreita do mandamus, inviável a reapreciação das provas para se chegar a conclusão diversa.

3. A inquirição de testemunha de Defesa, por meio de carta precatória, antes da produção da prova oral acusatória não configura nulidade, mormente se não demonstrado o prejuízo. Arts. 222 e 400 do CPP. Precedentes.

4. Hipótese em que foram adequadamente valoradas as circunstâncias e consequências do delito, de forma concreta, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoriza o aumento da pena-base. Considerou-se as peculiaridades da hipótese e o vultoso prejuízo causado. **Contudo, a consideração negativa da culpabilidade deve ser afastada, pois utilizou-se apenas elementos inerentes ao próprio tipo penal.**

5. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena para 3 anos e 3 meses de reclusão, mantido o regime semiaberto e os demais termos do acórdão. (HC 322.805/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 15/12/2015)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL GRAVE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. ELEMENTOS INTEGRANTES DO TIPO. IMPOSSIBILIDADE. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

1. A fundamentação utilizada pelo Juízo singular para fixar a pena-base acima do mínimo legal, em razão da avaliação negativa da culpabilidade, das circunstâncias e consequências do crime e do comportamento da vítima, deve ser parcialmente afastada.

2. **Quanto à culpabilidade, observa-se que a existência de imputabilidade, de consciência da ilicitude e de exigibilidade de conduta diversa não é argumento idôneo a justificar a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria. Isso porque tais elementos dizem respeito à culpabilidade em sentido estrito - parte integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida -, e não à culpabilidade em sentido lato, assim entendida como a maior ou menor reprovabilidade do agente pela conduta delituosa praticada.**

3. No que diz respeito às consequências do crime, a existência de graves ferimentos provocados na vítima, que quase a levaram à morte, integra o próprio tipo (art. 129, § 1º, II, do CP), de sorte que, por já constituir fundamento para qualificar o crime de lesão corporal, não pode servir para justificar a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, sob pena de bis in idem.

4. No que se refere ao comportamento da vítima, também não há justificativa para a exasperação da pena-base. De fato, esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado "normal à espécie", não há falar em consideração desfavorável ao acusado.

5. Apenas no que se refere às circunstâncias do crime, constata-se que, de fato, como apontado na sentença, há maior reprovabilidade no comportamento do agente, diante do elemento surpresa na conduta criminosa, conforme narrativa constante na denúncia.

6. Portanto, afastada a avaliação negativa de três das quatro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais valoradas pelo juízo monocrático e fixada a pena-base em 1 ano e 4 meses de reclusão, observa-se que o lapso prescricional é de 4 anos, prazo já transcorrido, tanto entre o recebimento da denúncia (12/11/2002) e a publicação da sentença condenatória (26/2/2008), quanto entre este último marco interruptivo e a presente data. Impõe-se, assim, o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

7. Recurso especial parcialmente provido. Extinção da punibilidade declarada de ofício, pela prescrição da pretensão punitiva.

(REsp 1208555/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 13/03/2013).

Dessa forma, tem-se por imperioso, no caso dos autos, o redimensionamento da reprimenda no ponto, para reduzir a exasperação da pena-base do primeiro paciente, eis que somente uma circunstância negativa - a reincidência - há de ser levada em conta. Passo, então, a refazer a dosimetria das penas.

Quanto ao delito de tráfico de drogas, afastadas três das quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis originalmente consideradas, fixo a pena-base em 5 anos e 3 meses de reclusão, e 525 dias-multa. Ausentes atenuantes ou agravantes, bem como causas de aumento ou diminuição de pena, torna a pena definitiva nesse patamar.

No tocante ao crime de associação para o tráfico, utilizo os mesmos parâmetros para fixar a pena-base em 3 anos e 3 meses de reclusão, e 725 dias-multa, tornando-a definitiva pelas mesmas razões apresentadas acima.

Assim, diante do concurso material, procedo ao somatório das penas, que totalizam 8 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.250 dias-multa.

No tocante à fixação dos regimes prisionais para início de cumprimento das penas, é certo que sua fixação deve ser feita em consonância com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, lembrando, ainda, que, no julgamento do *habeas corpus* n. 111.840/ES, o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava o regime obrigatoriamente fechado para os condenados por crimes hediondos ou equiparados.

Nesse contexto, esta Corte Superior tem entendido que a fixação do regime prisional para os condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes deve obedecer os parâmetros traçados pelo Código Penal. No mesmo sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Devidamente fundamentada a exasperação da pena-base com fulcro em elementos concretos dos autos, não há ilegalidade a ser sanada.

3. As instâncias de origem não lograram fundamentar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual de 1/6, porquanto não declinaram qualquer motivação para a fixação do referido redutor em seu patamar mínimo. A existência de uma graduação (de 1/6 a 2/3) reclama decisão fundamentada com base nos elementos do caso concreto. Na espécie, ante a ausência de fundamentação idônea para a redução apenas em 1/6, é cabível a aplicação da causa especial de diminuição da pena no patamar de 2/3 (dois terços), sendo imperioso o redimensionamento da pena para 2 anos de reclusão.

4. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito. Do mesmo modo, foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com fulcro, tão somente, na vedação legal e gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos de reclusão, bem como para que, afastada a fundamentação referente à hediondez e à gravidade abstrata do delito, bem como o óbice do art. 44 da Lei de Drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal (HC 289.702/SP, Rel. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME.

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

2. Em se tratando de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, é vedada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais rigoroso do que o pertinente à pena aplicada, a tanto não servido o inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 ou a gravidade abstrata do delito.

3. A vedação genérica e apriorística de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nas condenações por crime hediondos ou equiparados, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, restou superada em face da declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

4. Habeas corpus não conhecido, ordem concedida de ofício, para que o juízo das execuções proceda à fixação do regime inicial de cumprimento de pena com observância das regras do art. 33 do CP, bem como verifique, concretamente, o cabimento das penas alternativas (HC 299.327/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 09/10/2014).

Nessa esteira, têm-se as Súmulas n. 440 desta Corte e 719 do Supremo Tribunal Federal, ambas orientando no sentido de que a fixação de regime prisional mais gravoso que o cabível deve calcar-se em fundamentação idônea. Confirmam-se:

STJ/ Súmula n. 440 Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

STF/SÚMULA 719. A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS SEVERO DO QUE A PENA APLICADA PERMITIR EXIGE MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

In casu, em que pese a menção ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, verifica-se que a fixação do regime inicial fechado para o apenado ALDEIR justifica-se à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

luz do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, em especial pelos antecedentes criminais do acusado, bem como da pena total aplicada, que não comporta regime mais brando.

Todavia, verifica-se que o regime prisional inicialmente fechado para o paciente FELIPE foi fixado com base exclusivamente na hediondez do delito, não se fazendo menção a circunstâncias judiciais desfavoráveis que não sejam intrínsecas aos delitos praticados - gravidade abstrata.

Assim, quanto ao paciente FELIPE, considerando o trânsito em julgado da condenação e a pena aplicada de 8 anos de reclusão, impõe-se a reavaliação, pelo Juízo das execuções, do regime inicial de cumprimento de pena, que deve ser fixado a partir dos elementos concretos dos autos, ressaltando a possibilidade da aplicação de regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por fim, a fixação das reprimendas acima de 4 (quatro) anos impede a sua substituição por medidas restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante todo o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para: (i) redimensionar a pena do paciente ALDEIR; (ii) determinar que o Juízo das execuções avalie, a partir de elementos concretos dos autos, a possibilidade da aplicação de regime diverso do fechado para o paciente FELIPE, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, afastado o fundamento da hediondez do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0063526-2

HC 201.296 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024076670058 2407667005

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: CLAUDIA MARCELA NASCIMENTO CAMARA FERNANDES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: ALDEIR ANTONIO VIEIRA
PACIENTE	: FELIPE GONÇALVES PEREIRA

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.