



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.272 - SP (2015/0085336-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DANIEL LEON BIALSKI E OUTROS
ADVOGADO : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MÔNICA MARIA DE MENEZES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. INCREMENTO JUSTIFICADO. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALUSÃO A ELEMENTOS GENÉRICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, a Corte de origem apontou elementos concretos que justificam acréscimo da pena-base, haja vista que a empreitada criminosa envolveu expressiva quantidade de cocaína (4,95 kg) substância causadora de efeitos extremamente deletérios. Todavia, notabiliza-se que com relação as demais circunstâncias não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.

2. Não se aplica a causa especial de diminuição de pena do 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. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir as penas impostas à paciente nos autos da Ação Penal n.º 050.07.024803-6 para **5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa**, quanto ao delito de tráfico de drogas; e para **3 anos e 3 meses de reclusão, mais 760 dias-multa**, no tocante ao crime de associação para o tráfico.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 15 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.272 - SP (2015/0085336-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DANIEL LEON BIALSKI E OUTROS
ADVOGADO : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MÔNICA MARIA DE MENEZES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MÔNICA MARIA DE MENEZES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 993.08.042203-6).

Segundo consta dos autos, a ora paciente e outros dois corréus foram denunciados pela prática, em tese, dos crimes descritos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque "associados, guardavam, para entrega ao consumo de terceiros, 4,95 kg de cocaína em pó" (fl. 53).

Finda a instrução, foi julgada procedente a ação penal, para condenar todos os acusados no termos da exordial acusatória. À increpada, foi imposta a reprimenda total de 4 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 868 (oitocentos e sessenta e oito) dias-multa.

Foi-lhe deferido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformados, apelaram a Defesa e o órgão ministerial, a primeira alegando insuficiência probatória quanto à associação e o segundo pugnando por penas mais severas, bem como pela não incidência da causa especial de redução da pena.

A Corte bandeirante, deu provimento apenas ao recurso ministerial, consoante a seguinte fundamentação (fls. 90/93):

(...)

Procedente o inconformismo do Ministério Público, em face da situação muito grave verificada no caso dos autos, a potencialidade das condutas contra a sociedade, o crime organizado, enfim, merecem os réus penas mais altas.

Com efeito, pelos fundamentos expostos, impositiva era a condenação, por isso doso a pena dos acusados, em conjunto porque mesmo delito, primeiro pelo delito de tráfico de drogas:

Atento ao que estabelece o artigo 59 do Código Penal **os motivos, as circunstâncias, considerando a personalidade dos réus, e em especial a tamanha quantidade e o tipo de droga com eles apreendida, a dedicação ao mundo do crime**, enfim, fixo a pena base acima do mínimo legal previsto para espécie em 6 (seis) anos de reclusão, mais o valor de 600 (seiscentos) dias-multa, com o valor diário fixado no mínimo legal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto na lei especial, e corrigido na forma da lei.

Para Oswaldo, pela atenuante da menoridade, reduzo a pena para o mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, com valor diário mínimo.

A apreensão de tamanha quantidade de drogas, observada as pessoas que vivem do comércio ilegal, tendo no crime as suas atividades principais de renda, habitual de subsistência, em especial diante da prova oral deste caso, com escutas telefônicas, onde se observa que eles já vinham de muito participando do tráfico mais pesado de drogas, nenhum deles faz jus à causa de redução prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da nova lei de drogas, pois ausentes seus requisitos, mormente pela dedicação dos réus às atividades criminosas, de entrega de drogas para terceiros, valendo lembrar que Elisângela inclusive tem passagens criminais sérias com crime graves como o porte ilegal de arma de fogo.

Por que ausentes outras causas modificativas, consoante sistema trifásico de aplicação da pena, torno a reprimenda em definitiva por esse crime para os três réus.

Para o crime do artigo 35 da Lei especial, **usando dos mesmos critérios acima colocados, e observando que a associação visava um tráfico de droga mais cara, e em grandes quantidades**, fixo a pena dos três réus acima do mínimo legal, em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, com valor diário mínimo, para cada réu.

Para o réu Oswaldo, pela menoridade, reduzo a pena para o mínimo legal de 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, essa com valor diário mínimo.

Por força do concurso material de crimes, do artigo 69 do Código Penal, as penas para as rés MÔNICA MARIA DE MENEZES e ELISÂNGELA VENTURA DA SILVA ficam em 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 1416 (hum mil quatrocentos e dezesseis) dias-multa, com valor diário mínimo da lei especial.

Por força do concurso material de crimes, do artigo 69 do Código Penal, a pena para o réu OSWALDO DIDI NETO fica em 8 (oito) anos de reclusão, e 1.200 (hum mil e duzentos) dias-multa, com valor diário mínimo da lei especial.

Presos em flagrante por prática de crime considerado hediondo por equiparação, organizado, apreendida enorme quantidade de cocaína, não fazem jus a benefícios como o "Sursis" ou as restritivas de direitos. Quanto a essas, entendo inviável para os crimes hediondos e equiparados, porque não foi essa a finalidade do legislador. Ao contrário procurou ele justamente dar um tratamento mais rigoroso para esses crimes. Tanto que a nova lei de tóxicos, ainda não em vigor, veda expressamente essas benesses, aclarando a vontade do legislador.

Vê-se presentes, sem dúvidas, os motivos para a prisão cautelar das pessoas, dada a gravidade da situação, a habitualidade no tráfico mais pesado de cocaína, justo por isso, o regime inicial para o cumprimento da pena será mesmo o FECHADO, mesmo o mais adequado para o alcance das finalidades da Lei, conforme decidido na sentença monocrática.

Mas por terem sido soltos durante a instrução fica facultada a possibilidade de novos recursos em liberdade.

Não há mais falar-se em desclassificação do tipo penal porque reconhecida a finalidade de tráfico para a droga apreendida nestes autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Volto a repetir que não cabem penas alternativas nos casos de crimes hediondos ou equiparados, porque não se atingiria as finalidades da norma, ela que pretendeu um tratamento mais rigoroso para estes casos.

Volto a repetir que a sentença analisou com ponderação a prova dos autos, que apreciou, devidamente, os argumentos das defesas, afastando-os de modo justificado, colocando as nades do convencimento, e que merece subsistir, no mérito, por seus fundamentos, não tendo sido abalada em sua sólida fundamentado pelos argumentos trazidos pelos recorrentes em seus recursos.

E não há se falar em ilegalidade das escutas telefônicas porque foram autorizadas pela justiça, e mais ainda porque não são prova exclusiva, ao contrário, apenas um indicativo a mais contra os réus, vez que os depoimentos colhidos em juízo confirmaram todas as condutas dos agentes, e houve flagrante perfeito, com apreensão de grande quantidade de drogas com os três acusados; isso é prova objetiva e concreta, indo muito além de meras escutas telefônicas.

(...)

No presente *mandamus*, os impetrantes apontam excesso nos critérios utilizados na fixação das penas-base da ora paciente pelos delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006.

Afirmam que o Tribunal bandeirante recrudescer a pena sem apresentar qualquer argumento apto a justificar a medida; enquanto o magistrado de primeiro grau, mais próximo do contexto fático em que se deu a conduta e ciente da mera condição de amásia da ré, aplicou a reprimenda no mínimo legal.

Destacam que "a paciente possuía e possui vida ilibada, conduta anteacta imaculada (Doc.10) e foi relacionada ao processo porque se supôs que, como esposa, auxiliaria o marido de alguma forma." (fl. 5).

Sustentam que não há nenhum elemento nos autos que denote participação da acusada em organização criminosa.

Asserem que a paciente não possui qualquer registro negativo em seu nome, característica que seria suficiente para afastar qualquer valoração negativa da conduta social e personalidade do agente, tendo em vista que "jamais agiu de qualquer maneira que não fosse dentro da Lei" (fl. 8).

Quanto aos motivos, às circunstâncias e às consequência do crime, alegam que nada foi encontrado na residência da acusada, e que a mesma em nada contribuiu para a conduta delitiva, tendo sido acusada tão somente por manter relacionamento pessoal com pessoa anteriormente condenada pela traficância.

No que se refere à aplicação do disposto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, afirmam que "é condição *sine qua non* para afastar a aplicação da redutora, a existência de prova robusta da participação de organização criminosa, não se fazendo apenas com mera presunção" (fl. 15).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressaltam novamente a presença de condições pessoais favoráveis, destacando que foram preenchidos todos os requisitos legais para obtenção da benesse da redução da pena.

Requerem, liminarmente, seja determinada a suspensão da eficácia da decisão condenatória e de eventual mandado de prisão que será expedido. No mérito, pedem a concessão definitiva da ordem, "operando-se a redução da reprimenda e se aplicando a redutora especial disposta no artigo 33, 4º, da Lei Especial de drogas" (fl. 24).

A liminar foi indeferida às fls. 132/136.

Foram prestadas informações às fls. 140/149 e 151/172.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Alcides Martins, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 176/179).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.272 - SP (2015/0085336-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. INCREMENTO JUSTIFICADO. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALUSÃO A ELEMENTOS GENÉRICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, a Corte de origem apontou elementos concretos que justificam acréscimo da pena-base, haja vista que a empreitada criminosa envolveu expressiva quantidade de cocaína (4,95 kg) substância causadora de efeitos extremamente deletérios. Todavia, notabiliza-se que com relação as demais circunstâncias não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.

2. Não se aplica a causa especial de diminuição de pena do 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. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir as penas impostas à paciente nos autos da Ação Penal n.º 050.07.024803-6 para **5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa**, quanto ao delito de tráfico de drogas; e para **3 anos e 3 meses de reclusão, mais 760 dias-multa**, no tocante ao crime de associação para o tráfico.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Cumpre deixar assentado, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc." (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *Motivação da sentença condenatória e o habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça. Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Na espécie, verifica-se que foi apontado elemento concreto para exasperar a pena-base, tendo em vista que a empreitada criminosa envolveu a expressiva quantidade de cocaína (4,95 kg - fl. 26), substância causadora de efeitos extremamente deletérios. Tal fato, indubitavelmente, deve ser considerado em demérito do paciente.

Mister salientar que é legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida. Com efeito, o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

É que, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Quanto à legitimidade da exasperação da pena, na primeira fase de sua individualização, com fulcro na quantidade e natureza das drogas, cumpre colacionar os seguintes precedentes deste Sodalício, a título ilustrativo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUPERVENIENTE PROGRESSÃO AO REGIME ORA PRETENDIDO.

PREJUDICIALIDADE CONSTATADA. ÓBICE À PROGRESSÃO PER SALTUM. SÚMULA 491/STJ. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a natureza, quantidade e diversidade da droga - 51,13 g de cocaína (109 pinos) e 14,6 g de crack (58 pedras) -, revelando-se razoável e proporcional o aumento em 1 ano.

4. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

5. A superveniente progressão do paciente ao regime prisional semiaberto torna prejudicado o pleito de alteração para esse regime prisional, ressaltando-se a impossibilidade de aproveitamento do tempo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena em regime mais gravoso, pois não se admite a chamada progressão per saltum, conforme enunciado da Súmula 491/STJ.

6. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 324.729/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 30/09/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VÍDEO CONFERÊNCIA. PRINCÍPIO DA PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO. VIDEOCONFERÊNCIA REALIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 11.900/2009. MEDIDA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LEGALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DA MINORANTE FUNDAMENTADA NA EXPRESSIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE ENCONTRADA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DESCABIMENTO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 33 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI ANTIDROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Segundo a legislação penal em vigor, revela-se imprescindível, quando alegada a nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio da pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563, do Código de Processo Penal. Precedentes.

IV - Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, na graduação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga apreendida na posse do Acusado, são preponderantes às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, não configurando ilegalidade seu arbitramento acima do mínimo legal, ainda que primário e com bons antecedentes. Precedentes.

V - Revela-se acertada a consideração da quantidade e natureza da droga apreendida - 13,9 kg (treze quilos e novecentos gramas) de cocaína -, para fins de aferição do percentual da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - Na hipótese de tráfico privilegiado, não enseja bis in idem a valoração da natureza e quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto tendente a impossibilitar a aplicação do redutor (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), em seu grau máximo. Precedentes.

VII - Não se configura flagrante ilegalidade a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante da quantidade e natureza do entorpecente apreendido em poder do Paciente. Precedentes.

VIII - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IX - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC 222.037/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 14/04/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA POR RELATOR. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO REMÉDIO HERÓICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

(...)

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA ENCONTRADA. MAJORAÇÃO DEVIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06.

1. Conforme a remansosa jurisprudência deste Tribunal Superior, o montante de entorpecente apreendido, nos termos do que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06, prepondera sobre as circunstâncias judiciais, sendo devido o aumento implementado na primeira fase da dosimetria da pena, ainda que favoráveis todas as balizas previstas no art. 59 do CP.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI ANTITÓXICOS. RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. "São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições - como no caso, em que o Paciente é reincidente -, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante." (HC 206.674/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 222.544/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 12/02/2014)

Constata-se, todavia, que o acórdão incorreu em constrangimento ilegal, porquanto os demais fundamentos utilizados para justificar a exasperação efetuada na primeira etapa da dosimetria calcaram-se, apenas, em considerações vagas e abstratas, sem arrimo nos elementos encartados nos autos. Com efeito, foram utilizados fundamentos genéricos para a valoração negativa das demais circunstâncias judiciais. Confirmam-se, a propósito, alguns julgados desta Corte sobre o tema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MAJORANTE. INTERESTADUALIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADA.

SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica, em que a ordem possa ser concedida de ofício.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que o Juiz singular, para exasperar a pena-base do paciente, levou em consideração a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, em observância ao disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 (aproximadamente 13 quilos de cocaína).

3. O simples argumento de que o paciente "se dedica ao tráfico" não justifica, por si só, a valoração negativa da conduta social, visto que, além de o fato de traficar, por si só, ser por demais genérico, tal fundamento não se reporta especificamente ao caso dos autos;

antes, serve para qualquer crime de tráfico de drogas abstratamente considerado.

4. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas/associação para o narcotráfico), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.

5. A mera alegação de que a personalidade do agente "revela tendências nefastas" não constitui elemento idôneo para a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria, tendo em vista que a pena-base não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com fundamento em referências vagas, genéricas e em dados não explicitados, sem a motivação devida.

6. Tendo sido concretamente avaliado o modo pelo qual o crime foi praticado, com base em argumentos idôneos e diversos do tipo penal violado, não identifico nenhuma ilegalidade a ser sanada no ponto em que houve a valoração negativa das circunstâncias do delito.

7. Não há que se falar em bis in idem na aplicação da majorante prevista no artigo 40, V, da Lei n. 11.343/2006 (interestadualidade do delito) em relação tanto ao delito de tráfico de drogas quanto ao crime de associação para o narcotráfico, visto que essa causa especial de aumento de pena incidiu sobre delitos diversos, com motivação e finalidades diversas.

8. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, pois, não obstante o paciente seja primário e possuidor de bons antecedentes, a Corte estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial o modus operandi empregado no cometimento do delito, bem como a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas (3 kg de cocaína), as quais levaram a crer que o acusado se dedicava a atividades delituosas.

10. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no artigo 35 da mesma lei, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

11. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para reduzir em parte a pena-base imposta em relação a ambos os delitos, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 19 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 2250 dias-multa.

(HC 227.178/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 24/02/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO CONCEDIDA NA ORIGEM. PREJUDICADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime ou com fundamento em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

3. A mera alegação de que o paciente guardava a droga em sua própria residência, sem a indicação de qualquer elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, não autoriza concluir-se pela desfavorabilidade da circunstância judicial da culpabilidade.

4. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. (Incidência da Súmula n. 444/STJ).

5. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.

6. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todo, bem como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis do crime.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 3 anos de reclusão e pagamento de 50 dias-multa. Prejudicado o pedido de progressão de regime, pela perda de objeto.

(HC 61.007/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO NOS TERMOS DO ART. 600, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS DEVIDAMENTE INTIMADO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DO PRAZO RECURSAL A OUTRO DEFENSOR QUANDO JÁ CONSUMADA A PRECLUSÃO TEMPORAL. 2. DOSIMETRIA REALIZADA DE FORMA EQUIVOCADA. VALORAÇÃO DA CULPABILIDADE CONSTANTE NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL DE TRÁFICO. PATENTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 3. AGRAVO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

1. É facultado à parte interpor o recurso de apelação com a apresentação das razões recursais perante o Tribunal de Justiça, conforme disposição do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Inexiste nulidade, se o advogado constituído do réu, a despeito de regularmente intimado pela imprensa oficial, permanece inerte e não apresenta as razões de apelação.

2. O substabelecimento a novo advogado, após o transcurso do prazo para a apresentação das razões do recurso de apelação, não impõe a reabertura do lapso para o protocolo da peça processual e nem obriga à intimação do novo causídico para fazê-lo, haja vista a ocorrência de preclusão lógica (perda de uma faculdade processual), recebendo o defensor o processo no estado em que se encontra. A inércia do advogado constituído pelo réu, que perde o prazo para a apresentação das razões recursais, não é causa de suspensão ou interrupção de prazos.

3. A reabertura de prazo recursal para advogado constituído após a perda do lapso recursal pelo causídico anterior viola os princípios da celeridade processual, da segurança jurídica, da razoabilidade, da lealdade processual e da boa-fé objetiva, por permitir manobras ardilosas objetivando a reabertura de prazo recursal diante da inércia da defesa dentro do prazo previsto em lei.

4. Patente ilegalidade constante na dosimetria da pena, haja vista a culpabilidade ter sido valorada com base no conceito analítico de crime, bem como em razão de os motivos - lucro fácil - e as consequências - prejuízo à saúde pública - serem inerentes ao tipo penal de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas. Possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício, com extensão da ordem ao corrêu, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Concessão de habeas corpus de ofício, para redimensionar a pena do agravante para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, com extensão da ordem ao corrêu Jaime Andrade Carvalho, cuja pena vai definida em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(AgRg no Ag 1319158/TO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013)

Assim, imprescindível o decote da pena-base do crime de tráfico para 5 anos e 6 meses de reclusão e do delito de associação para o tráfico para 3 anos e 3 meses de reclusão.

Quanto à possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, melhor sorte não assiste aos impetrantes.

Com efeito, dispõe o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, *in verbis*

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

(...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, **não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.**

A Lei n.º 11.343/06, ao tempo em que conferiu tratamento mais rigoroso aos grandes traficantes e àqueles que se entregam com frequência ao tráfico de entorpecentes majorando as penas previstas na lei anterior, instituiu uma benignidade modulada em relação ao pequeno traficante que debuta na seara, com a previsão de causa especial de diminuição da pena, desde que cumulativamente preenchidos os requisitos legais.

Assim, não tem aplicação o benefício legal se o réu se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa, aí incluída a hipótese de condenação pelo delito de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35 da mesma lei, *verbis*:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É que a *societas sceleris*, diferentemente das pessoas jurídicas legais, viceja e atua sob o signo da habitualidade, às esconsas, esgueirando-se pela penumbra da ilicitude (conferir a propósito, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Quadrilha ou bando: crime habitual. *Boletim IBCCRIM*, n. 185, p. 9-10, abr. 2008).

Assim, ambas as hipóteses pressupõem habitualidade e permanência, sendo, por isso, logicamente incompatível a redução da pena pelo crime de tráfico se o réu também foi condenado por associação para o tráfico.

Com efeito, sabendo-se que o legislador quis beneficiar o chamado 'traficante de primeira viagem', prevenindo iniquidades decorrentes da aplicação de reprimendas semelhantes às daqueles que fazem do tráfico 'meio de vida', resta efetivamente inviável a concessão da causa especial de diminuição de pena ao réu também condenado com base no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 porque evidenciados, em casos tais, a conduta voltada para o crime e o envolvimento permanente com o tráfico.

A propósito do tema, colhe-se na doutrina o seguinte:

(...)

Exige, ainda, a nova Lei que o agente não se dedique a atividades criminosas. Assim, deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e conduta voltada para o crime.

Por fim, não terá direito à diminuição o agente que integrar organização criminosa. Como a Lei não distinguiu, tanto faz se a organização criminosa é voltada para o tráfico de drogas ou apenas para outros ilícitos. Ambas impedirão a aplicação da causa de diminuição, pois o intuito da Lei é somente beneficiar o 'pequeno' traficante, que não possui conduta voltada para o crime e que não esteja envolvido 'definitivamente' com o tráfico.

A Lei evidentemente impede que o benefício seja aplicado ao agente condenado pelo crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35. Em primeiro lugar, porque o § 4º somente se refere aos crimes definidos no *caput* e no § 1º do art. 33. Além disso, se o réu também é processado pelo delito de associação, não se pode dizer que não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Ou seja, poderão ocorrer situações, entretanto, em que não estarão comprovados todos os elementos do tipo de associação para o tráfico, como quando é inviável identificar o coautor (recorde-se que o crime de associação de ver praticado por ao menos duas pessoas). Mesmo assim, poderá ser afastada a aplicação do art. 33, § 4º, desde que se demonstre por outros meios que o agente se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização criminosa (...)

(Andrey Borges de Mendonça, Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Comentada artigo por artigo, 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método. 2012; p. 122)

Não é outro o posicionamento adotado no âmbito da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu que a condenação pelo delito tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 constitui circunstância hábil a denotar dedicação às atividades criminosas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e integração à organização criminosa, de modo a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à minguada do preenchimento dos requisitos legais.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INVIABILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

(...)

4. A teor do entendimento desta Corte, a condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas evidencia a dedicação do Paciente à atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

5. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 247.868/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DO RECURSO ADEQUADO. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. ART. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). INVIABILIDADE. PACIENTE CONDENADO TAMBÉM POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. VIA INADEQUADA. REVOLVIMENTO DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA APREENDIDA (1,7 Kg).

(...)

2. O Tribunal de origem afastou a possibilidade de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ao entender que, diante das circunstâncias concretas do crime, estava plenamente caracterizada a prática, também, do delito de associação para o tráfico de drogas pelo sentenciado, a inviabilizar a concessão da causa de diminuição pela ausência dos requisitos legais.

3. O pleito de absolvição referente ao delito previsto no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006 é incabível na espécie, porque demanda revolvimento de material fático-probatório, o que é sabidamente vedado na via estreita do habeas corpus, ação constitucional de rito célere e cognição sumária.

4. Está fundamentada a decisão que estabeleceu o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena em razão da grande



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de cocaína apreendida (1,7 kg).

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 232.667/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Na mesma senda, já decidi:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. RÉU TAMBÉM CONDENADO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. É inaplicável a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas tipificado no artigo 35 da mesma lei. Precedentes da Quinta Turma.

2. Recurso provido.

(REsp 1199671/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 06/03/2013).

In casu, verifica-se que a paciente foi também condenada pelo delito de associação para o tráfico, não preenchendo, portanto, os requisitos legais para a concessão do benefício em testilha.

Passo, pois, à nova dosimetria:

Quanto ao crime tráfico de drogas, fixo a pena-base em 5 anos e 6 meses de reclusão, mais 550 dias-multa, a qual torno definitiva, ante a ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes e causas de diminuição e de aumento de pena.

No tocante ao crime de associação para o tráfico, fixo a pena-base em 3 anos e 3 meses de reclusão, mais 760 dias-multa, tornando-a definitiva ante a ausência de agravantes, atenuantes, causas de diminuição e de aumento de pena.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. **Concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir as penas impostas à paciente nos autos da Ação Penal n.º 050.07.024803-6 para **5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa**, quanto ao delito de tráfico de drogas; e para **3 anos e 3 meses de reclusão, mais 760 dias-multa**, no tocante ao crime de associação para o tráfico.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0085336-9

HC 321.272 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 050070248036 50070248036 993080422036

EM MESA

JULGADO: 15/12/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DANIEL LEON BIALSKI E OUTROS
ADVOGADO	: DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MÔNICA MARIA DE MENEZES
CORRÉU	: OSWALDO DIDI NETO
CORRÉU	: ELISANGELA VENTURA DA SILVA

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 pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.