



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.822 - RJ (2015/0296617-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EVERSON DE SOUZA TOMAZ

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. PARTICIPAÇÃO EM FACÇÃO CRIMINOSA. INCREMENTOS JUSTIFICADOS. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALUSÃO A ELEMENTOS GENÉRICOS. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE NEGOU OS FATOS QUE LHE FORAM IMPUTADOS. 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. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. *SURSIS* IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Não há falar em ausência de fundamentação idônea para a condenação pelo delito de previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, haja vista que as instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos constantes dos autos, que o delito de associação para o tráfico restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de *habeas corpus*.

2. 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, as instâncias ordinárias apontaram elementos concretos que justificam acréscimo da pena-base, a saber, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 20 invólucros de cocaína e 2 invólucros de maconha -, bem como, quanto ao delito de associação para o tráfico, o fato de que o réu estar associado "à famigerada facção criminosa ADA". Todavia, notabiliza-se que com relação as demais circunstâncias não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.

3. A aplicação da atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu admita a prática do crime que lhe é imputado, contribuindo, assim, com o deslinde da persecução criminal. Na espécie, o Tribunal de origem afirmou peremptoriamente que o paciente "negou os fatos imputados na exordial e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sustentou que a droga apreendida era para o seu consumo", razão pela qual não incide na espécie a referida atenuante.

4. 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.

5. Inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a pena foi fixada em patamar superior a 8 anos de reclusão, o que impede a fixação do regime diverso do fechado para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal. Do mesmo modo, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do *sursis*.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0001652-16.2014.8.19.0080 para 9 anos e 20 dias de reclusão e 1327 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

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.

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

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.822 - RJ (2015/0296617-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EVERSON DE SOUZA TOMAZ

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de EVERSON DE SOUZA TOMAZ, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal nº 0001652-16.2014.8.19.0080).

Segundo os autos, o paciente foi condenado à pena de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 1.580 (um mil, quinhentos e oitenta) dias-multa, em regime fechado, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, c.c art. 40, VI, todos da Lei 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal. Eis o teor do *decisum*, no que pertinente:

(...)

O réu indicou endereço falso de sua residência, onde segundo a denúncia anônima guardava material entorpecente. No entanto, os policiais identificaram a residência do réu e para lá procederam em sua companhia. O próprio réu indicou o local, consistente no interior do guarda roupas de seu quarto, onde os 20 papelotes de cocaína foram apreendidos. Por fim, deve-se ressaltar que o réu confessou aos militares que praticava o tráfico e que a droga apreendida destinava-se a mercancia. Frise-se que em sede policial o réu afirmou que ele e o menor praticavam a traficância, sendo que cada um era responsável pela venda de cada droga, assim como afirmaram que era elemento integrante da facção criminosa ADA.

(...)

Muito embora para configuração do crime de associação alguns julgadores e parte da doutrina exija a prova da estabilidade e permanência para configurar o tipo, atualmente entendo que o referido tipo penal não exige tais elementos, até porque no corpo da descrição típica consta a expressão "reiteradamente ou não", o que demonstra não haver necessidade de que duas ou mais pessoas pratiquem tal crime de forma reiterada, o que induziria a estabilidade da associação. Assim, o tipo previsto no artigo 35, da Lei nº 11343/06, não exige habitualidade no cometimento do crime do artigo 33, do mesmo diploma legal, bastando que se configure em uma única oportunidade. a união, para que se tenha a infração penal em foco, tendo o legislador se utilizado da expressão "reiteradamente ou não".

(...)

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal em relação ao delito de tráfico de entorpecentes e, em consequência, CONDENO o réu EVERSON DE SOUZA TOMAZ, por transgressão aos preceitos primários contidos nos tipos dos arts. 33 e art. 35, c.c art. 40,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI, todos da Lei 11.343/06, pelo que passo a aplicar-lhe as penas. O réu é primário e ostenta bons antecedentes, conforme se verifica em sua FAC de f. 65/67 e na certidão de f. 68. Quanto à culpabilidade do réu, entendo de classificá-la como maior o índice de reprovação, eis que o tráfico de drogas é hoje um poderoso meio de degradação da sociedade e desagregação da família. Sua personalidade e conduta social são desfavoráveis, posto que trata-se de traficante de entorpecentes, cuja atividade instaura na localidade um verdadeiro estado de pânico e insegurança, causando desgraça de famílias que assistem seus entes queridos no abismo do vício e dependência, quase sempre sem retorno a normalidade. Os motivos e circunstâncias do crime também não lhe favorece, pois a finalidade do traficante é, ao lado de exercer um poder contraposto ao Estado, auferir indevido lucro financeiro ao preço da desgraça daqueles que se viciam no uso das drogas. Aliada a essas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, bem como suas naturezas consistentes em MACONHA e COCAÍNA, sendo este entorpecente dotado de alto poder alucinógeno, viciativo e destrutivo do organismo, que conforme estudos médicos, escravizam os consumidores (art. 42 da Lei nº 11.343/06), aplico ao réu as penas da seguinte forma: Para o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, fixo a pena base em 06 anos de reclusão, cumulada com 600 dias-multa, sendo certo que conforme Jurisprudência recente a apreensão de elevada quantidade de drogas já é suficiente para a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Nesse sentido:

(...)

Como se sabe, a cocaína é droga que causa danos de difícil reparação no organismo humano, com repercussões desastrosas na sociedade. Estudos já demonstraram que essa substância proporciona o dobro do efeito alucinógeno, de rápida e fugaz duração, fazendo com que o usuário procure a droga mais e mais, compulsivamente, levando o indivíduo à dependência muito mais rápida do que outras drogas e realmente escraviza o usuário. É patente o perigo que tal substância representa, o nível de dano capaz de causar na saúde pública e em cada indivíduo em particular, expondo a sociedade a um risco maior pela sua posse e difusão. Dessa forma, uma vez constatado que o bem jurídico protegido pela norma foi atingido de forma mais contundente em razão da quantidade, variedade e natureza das drogas, maior deve ser o grau de reprovação da conduta, justificando o distanciamento das sanções dos patamares mínimos. Considerando a causa de aumento de pena insculpida no art. 40, VI da lei de incidência, aumento a pena acima em 1/6 passando para 07 anos de reclusão cumulada com 700 dias multa. Tendo em vista que o réu não cumpre os requisitos subjetivos elencados no § 4º, do artigo 33 da Lei Anti-Tóxicos, diante do envolvimento com a atividade criminosa, considerando o crime de associação para o tráfico, conforme salientado acima, deixo de diminuir a pena. Note-se que o privilegio tipificado no dispositivo em questão se destina a traficantes episódicos e pressupõe a existência concomitante dos requisitos elencados na norma, sobretudo a prova de não integrar facção criminosa, sendo certo que o contexto probatório demonstrou exatamente o contrário.

(...)

Torno tal reprimenda definitiva diante da ausência de outras causas de alteração de penas previstas em lei. Para o crime previsto no art. 35 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nº 11.343/06 fixo a pena-base em 04 anos de reclusão cumulada com 800 dias-multa, utilizando para tanto a mesma fundamentação supra relativa as circunstâncias judiciais e legais, considerando ainda o fato de que o réu estava associado a famigerada facção criminosa ADA, o que eleva o grau de sua culpabilidade. Considerando a causa de aumento de pena insculpida no art. 40, VI da lei de incidência, aumento a pena acima de 1/6 passando para 04 anos e 08 meses de reclusão cumulada com 880 dias multa. Torno tal pena definitiva diante da ausência de outras causas de alteração de penas previstas em lei. Diante da regra contida no art. 69 do Código Penal fica o réu EVERSON DE SOUZA TOMAZ definitivamente condenado a pena de 11 anos e 08 meses de reclusão cumulada com 1580 dias-multa. A pena reclusiva será cumprida em regime inicialmente fechado, de acordo com o disposto na nova redação do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07.

(...) (fls. 44/52).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para reduzir a pena para 9 anos, 8 meses e 18 dias de reclusão e multa de 1.360 dias-multa, em aresto assim fundamentado:

Quanto ao crime de associação para o tráfico, passa-se à sua análise.

O art. 35 da Lei nº 11.343/06 define o delito de associação para o tráfico da seguinte forma: "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".

Punem-se os atos preparatórios para a prática de algum dos delitos elencados no art. 35. Assim, não é necessária a efetiva execução dos tipos previstos, mas, simplesmente, a associação.

O delito possui elementares próprias, descrevendo, assim, uma conduta independente e distinta dos demais crimes.

O tipo subjetivo é o dolo, ou seja, "animus" associativo, aliado ao fim específico de traficar drogas. A intenção de se associarem, duas ou mais pessoas, para o cometimento das infrações, configura o requisito essencial, isto é, o dolo específico.

Assim, para haver a caracterização do delito previsto no art. 35, é necessário que o "animus" associativo seja efetivamente provado, pois integra o tipo penal e é indispensável para sua caracterização.

É o que restou evidenciado nos autos.

O Réu, embora em Juízo tenha negado os fatos, declarou, de forma detalhada, à Autoridade Policial (fls. 09):

(...)

Se já não bastasse o exposto, consoante os depoimentos dos policiais militares prestados em sede policial e perante o Juízo, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, evidenciada está a comunhão de vontades para a prática do delito em questão.

(...)

Ou seja, os vários elementos colhidos - local onde o réu foi abordado, as circunstâncias da prisão, quantidade, variedade e forma de acondicionamento, a informação de que o Réu já havia sido abordado em ponto de venda de drogas pelos policiais militares em outra oportunidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

além da própria confissão extrajudicial de que o acusado era "vapor" do tráfico - são suficientes para que concluamos pela existência de uma organização anterior entre o acusado e o menor apreendido na mesma oportunidade.

Somado a isso, de acordo com as regras de experiência comum, somente alguém que mantém um vínculo estável com os traficantes locais, poderia praticar o tráfico de drogas em uma localidade dominada pela facção criminosa "ADA".

Efetivamente, uma associação eventual não compreenderia tantos elementos diversos como os encontrados. Logo, considero demonstrado o delito de associação para o tráfico.

Os delitos que foram considerados caracterizados devem cumular-se na forma do concurso material, pois diferentes os momentos da associação e do tráfico.

Não há crime único, eis que a associação para o tráfico é delito autônomo, em relação à mercancia, conforme jurisprudência reiterada:

"É perfeitamente possível que ocorra concurso material entre tráfico de entorpecentes e associação estável, pois o crime autônomo, previsto no art. 14 da Lei 6.368/76 [atual art. 35 da Lei 11.343/06], tem como finalidade cometer delitos dos arts. 12 e 13 da mesma lei [hoje, arts. 33, "caput", e 34, respectivamente]" (RT 773/503).

Assim, é irreparável o decisum vergastado nesse sentido.

Diante das provas coligidas aos autos, especialmente a prova oral produzida, restou comprovado, ainda, que o Réu foi preso na companhia do menor MAYCON MARTINS DA SILVA - vulgo "Pipiu", incidindo a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, do mesmo diploma:

(...)

Em decorrência, permanece a adequação do fato imputado ao tipo dos artigos 33 e 35, c/c 40, VI, todos da Lei nº 11.343/06.

Enfrentadas as questões acima, passo à análise da dosimetria da pena aplicada pelo magistrado sentenciante, conforme requer a Defesa.

Em relação ao pleito de redução da pena base, não merecem prosperar as alegações defensivas.

O magistrado "a quo", atento ao disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, considerou a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, observando, ainda, a personalidade do agente, a conduta social, os motivos e as circunstâncias do delito, na forma, também, do art. 59 do CP.

Assim, no que tange a 1ª fase da fixação, é irreparável o decisum.

Neste sentido, mantenho a sentença que estipulou a pena base dos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico acima do mínimo legal, na forma do art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Requer a Defesa o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e menoridade, com a fixação da pena aquém do mínimo legal.

Não há que se falar em reconhecimento da atenuante da confissão, uma vez que o Réu, em seu interrogatório prestado em Juízo, às fls. 87/88, negou os fatos imputados na exordial e sustentou que a droga apreendida era para o seu consumo, versão esta que restou isolada nos autos.

Quanto à aplicação da atenuante referente à menoridade do Réu - artigo 65,1, do Código Penal - esta merece ser reconhecida, tendo em vista que, na data dos fatos, o Réu era menor de 21 anos.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante ao pedido de reconhecimento da incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, o pleito não merece ser acolhido.

Não há como se aplicar a circunstância do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 - eis que restou devidamente comprovado que o Réu integra organização criminosa e se dedica, habitualmente, ao tráfico de drogas, conforme devidamente explicitado nesta decisão.

Mantém-se, ainda, a causa de aumento de pena aplicada aos crimes de tráfico e associação, na forma do artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, uma vez que restou devidamente comprovado nos autos o envolvimento do menor MAYCON MARTINS DA SILVA na dinâmica dos fatos imputados ao Réu.

Ressalte-se que não há que se falar em "bis in idem" diante da incidência da causa de aumento nos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, uma vez que estamos diante de delitos autônomos.

(...)

Diante do exposto, tendo em vista o reconhecimento da atenuante da menoridade do Réu nesta decisão, merece pequeno reparo a dosimetria exposta na sentença atacada, razão pela qual passo a dosar a pena do acusado:

a) crime de tráfico de drogas: irretocável a pena base aplicada acima do mínimo legal, na forma do art. 42 da Lei nº 11.343/06, fixada em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa. Na segunda fase, levando em consideração a atenuante da menoridade reconhecida nesta decisão, aplico à pena base a redução de 1/6, passando, assim, ao patamar de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na terceira fase, diante da manutenção da incidência da causa especial de aumento de pena na fração de 1/6, fica a pena concretizada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 dias-multa.

b) Crime de associação para o tráfico: irretocável a pena base aplicada acima do mínimo legal, na forma do art. 42 da Lei nº 11.343/06, fixada em 04 anos de reclusão e 800 dias-multa. Na segunda fase, levando em consideração a atenuante da menoridade reconhecida nesta decisão, aplico à pena base a redução de 1/6, passando, assim, ao patamar de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 666 dias-multa. Na terceira fase, diante da manutenção da incidência da causa especial de aumento de pena na fração de 1/6, fica a pena concretizada em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 777 dias-multa.

Desta forma, a pena total do Réu é de 09 (nove) anos, 08 (oito) meses e 18 (dezoito) dias e 1.360 dias-multa.

Levando em consideração que a pena imputada ao Réu é superior a 08 (oito) anos de reclusão, o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, em razão do que dispõe o artigo 33, parágrafo 2º, "a", do Código Penal.

Entendo que é inviável a decretação do cumprimento da pena em regime mais brando, uma vez que as circunstâncias dos delitos são graves, porque o réu, além de se dedicar à atividade criminosa, é integrante de facção criminosa.

Diante da pena aplicada, impossível a substituição da sanção por restritiva de direito e "sursis", uma vez que o Réu não preenche os requisitos previstos nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à condenação em custas, esta encontra previsão legal no art. 804 do Código de Processo Penal, sendo o Juízo da Vara de Execuções Penais competente para decidir sobre a cobrança ou eventual isenção das custas processuais, conforme inteligência da Súmula nº 74 deste Tribunal.

Por tais fundamentos, voto no sentido de conhecer o recurso e dar parcial provimento para, mantido o juízo de reprovação, diante do reconhecimento da atenuante da menoridade e a diminuição do valor arbitrado a título de multa, reduzir a pena para 09 anos, 08 meses e 18 dias de reclusão e multa de 1.360 dias-multa, sendo o valor do dia-multa o mínimo legal. Ficam mantidos os demais termos da sentença (fls. 116/132).

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados, a teor da seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Apelação Criminal. Acórdão que não padece de nenhum dos vícios autorizativos do manejo dos embargos de declaração, analisando adequadamente o tema. Matérias aventadas pelo embargante que constituem mera demonstração de seu inconformismo. Inexistência de ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão. Embargante que, na verdade, postula o reexame do julgado. EMBARGOS REJEITADOS (fl. 140).

Nesta via, a Defesa alega que a condenação nas penas do delito tipificado no art. 35 da Lei de Drogas foi amparada exclusivamente na palavra do paciente em sede policial, bem como no fato de ele estar traficando em comunidade pobre dominada por facção criminosa. No ponto, defende que para caracterização do crime seria necessária prova da existência de estabilidade e permanência do vínculo, o que não estaria configurado na espécie.

Sustenta que não foi apontado qualquer fato idôneo a amparar a exasperação das penas-base, sendo de rigor a fixação no mínimo legal.

Obtempera que, muito embora a confissão do paciente tenha efetivamente sido utilizada para embasar a condenação, as instâncias de origem não reconheceram a atenuante genérica correspondente.

Assevera que, uma vez reconhecida a inexistência de associação criminosa, seria possível analisar a minorante do tráfico privilegiado, pois o paciente é primário e não foi apontado qualquer fato relevante que exclua a possibilidade de aplicação da redutora.

Pondera que o magistrado deixou de avaliar a possibilidade de aplicação do regime menos gravoso para início de cumprimento de pena com fundamento exclusivo no art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07. Ademais, o acórdão teria apresentado novo fundamento para manutenção da sentença quanto a este ponto, violando a ampla defesa. Ressalta a aplicabilidade da Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Defende a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a aplicação da suspensão condicional da pena, porquanto estariam presentes os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos previstos nos arts. 44 e 77, respectivamente.

Ao final, requer, liminarmente, a concessão da liberdade provisória, para que o paciente possa aguardar o julgamento do mérito em liberdade.

No mérito, requer seja concedida a ordem para determinar: a) absolvição do paciente quando ao delito tipificado no art. 35 da Lei de Entorpecentes; b) redução das penas-base aplicadas; c) aplicação da atenuante genérica da confissão; d) reconhecimento da minorante descrita no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas; e e) seja estabelecido o regime aberto para cumprimento de pena, a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, ou concessão de sursis para o paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 157/161.

Foram prestadas informações às fls. 168/215 e 217/262.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Rogério de Paiva Navarro, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 265/277).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.822 - RJ (2015/0296617-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. PARTICIPAÇÃO EM FACÇÃO CRIMINOSA. INCREMENTOS JUSTIFICADOS. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALUSÃO A ELEMENTOS GENÉRICOS. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE NEGOU OS FATOS QUE LHE FORAM IMPUTADOS. 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. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. *SURSIS* IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Não há falar em ausência de fundamentação idônea para a condenação pelo delito de previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, haja vista que as instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos constantes dos autos, que o delito de associação para o tráfico restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de *habeas corpus*.

2. 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, as instâncias ordinárias apontaram elementos concretos que justificam acréscimo da pena-base, a saber, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 20 invólucros de cocaína e 2 invólucros de maconha -, bem como, quanto ao delito de associação para o tráfico, o fato de que o réu estar associado "à famigerada facção criminosa ADA". Todavia, notabiliza-se que com relação as demais circunstâncias não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.

3. A aplicação da atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu admita a prática do crime que lhe é imputado, contribuindo, assim, com o deslinde da persecução criminal. Na espécie, o Tribunal de origem afirmou peremptoriamente que o paciente "negou os fatos imputados na exordial e sustentou que a droga apreendida era para o seu consumo", razão pela qual não incide na espécie a referida atenuante.

4. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a pena foi fixada em patamar superior a 8 anos de reclusão, o que impede a fixação do regime diverso do fechado para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal. Do mesmo modo, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do *sursis*.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0001652-16.2014.8.19.0080 para 9 anos e 20 dias de reclusão e 1327 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

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.

No tocante ao pleito de afastamento da condenação pelo delito previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006, razão não assiste aos impetrantes, uma vez que as instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos constantes dos autos, que o delito de associação para o tráfico restou plenamente caracterizado.

Para se chegar a conclusão diversa seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. No mesmo sentido, já decidi:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. COMPROVADO O VÍNCULO ASSOCIATIVO E ESTÁVEL PARA A PRÁTICA DO tráfico de drogas. DOSIMETRIA. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A OITO ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

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 recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não há falar em ausência de fundamentação idônea para a condenação pelo delito de associação para o tráfico, haja vista que as instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos, que foi comprovada a existência de vínculo associativo e estável para a prática do tráfico de drogas. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de habeas corpus.

3. Os pleitos relativos à dosimetria da pena - pedido de redução da pena-base, de aplicação da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal e de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - não foram apreciados pelo Tribunal a quo, porquanto não instado a tanto pela Defesa, o que em princípio impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Ainda que assim não fosse, não se vislumbra manifesta ilegalidade na dosimetria da paciente, devidamente fundamentada, à luz da legislação de regência da matéria - art. 59 do Código Penal, e arts. 33, § 4º e 42, da Lei n.º 11.343/06 - não havendo flagrante constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do writ.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 10 anos e 8 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

5. Do mesmo modo, inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a pena foi fixada em patamar superior a 8 anos, o que impede a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 308.206/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)

No mais, cumpre deixar assentado 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:

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 conseqüências do delito não seriam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 idelologicamente 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, as instâncias ordinárias apontaram elementos concretos que justificam acréscimo da pena-base, a saber, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 20 invólucros de cocaína e 2 invólucros de maconha.

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 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Ademais, quanto ao delito de associação para o tráfico, foi apontado o fato de que o réu estar associado "à famigerada facção criminosa ADA, o que eleva o grau de sua culpabilidade" (fl. 50). Com efeito, tal circunstância deve ser considerada em demérito do paciente, porquanto demonstra o maior grau de reprovabilidade de sua conduta.

Constata-se, todavia, que o édito condenatório incorreu em constrangimento ilegal, porquanto os demais fundamentos utilizados para justificar a exasperação efetuada na primeira etapa da dosimetria das penas 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:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 identifiquei 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 drogas. Possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício, com extensão da ordem ao corréu, 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 corréu 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 550 dias-multa e do delito de associação para o tráfico para 3 anos e 8 meses de reclusão e 766 dias-multa.

No mais, cumpre destacar que a aplicação da atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu admita a prática do crime que lhe é imputado, contribuindo, assim, com o deslinde da persecução criminal.

Na espécie, o Tribunal de origem afirmou peremptoriamente que o paciente "negou os fatos imputados na exordial e sustentou que a droga apreendida era para o seu consumo" (fl. 124), razão pela qual não incide na espécie a referida atenuante. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA DETERMINAR O QUANTUM DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. DEMAIS PLEITOS. ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. A aplicação da atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu admita a prática do crime que lhe é imputado, contribuindo, assim, com o deslinde da persecução criminal. Na espécie, tanto o Juízo de primeira instância quanto o Tribunal de origem afirmaram peremptoriamente que o paciente negou a prática delitiva, razão pela qual não incide na espécie a referida atenuante.

2. Na espécie, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do ne bis in idem, haja vista que a mesma circunstância, a saber, a quantidade das drogas, foi utilizada em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para determinar o quantum de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

3. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise dos pleitos de estabelecimento de regime inicial aberto, de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e de sursis, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Juízo de primeira instância proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade da droga somente em uma das etapas do cálculo da pena.

(HC 289.666/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 05/11/2015)

HABEAS CORPUS. PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO DE UM DOS CRIMES DENUNCIADOS. APLICABILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Constatado que a confissão do réu, declarada perante a autoridade policial e confirmada em Juízo, sobre o cometimento dos crimes de peculato, embasou, efetivamente, o decreto condenatório, deve ser reconhecida a aplicação da correspondente atenuante (art. 65, inciso I, d, do Código Penal).

2. O direito à aplicação da atenuante da confissão espontânea, no caso dos autos, restringe-se à dosimetria dos delitos de peculato, **haja vista que o paciente negou a prática do crime de lavagem de dinheiro.**

3. Ordem parcialmente concedida para aplicar a atenuante da confissão espontânea na dosimetria pelos crimes de peculato perpetrados, a fim de descontar em 6 meses a pena de cada qual, tornando-as definitivas em 3 anos de reclusão e 34 dias-multa, no valor unitário de R\$ 150,00, para cada um dos delitos praticados em concurso material, e em 4 anos de reclusão e 34 dias-multa, no valor unitário de R\$ 150,00, para cada série de delitos realizados de forma continuada, e determinar ao Juízo da execução que refaça a unificação das penas em consonância com o novo parâmetro ora estabelecido.

(HC 96.457/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 28/04/2008) (grifou-se).

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 ao paciente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

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 dedicada a atividades criminosas ou integrava organização criminosa (...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, o paciente foi também condenado 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:

Tráfico de drogas:

Fixo a pena-base em 5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa. Na segunda etapa da dosimetria, diminuo a pena em 1/6 em razão da incidência da atenuante da menoridade relativa, reduzindo a reprimenda ao mínimo legal, em razão da incidência da súmula n.º 231 desta Corte Superior de Justiça. Na terceira fase, majoro a pena em 1/6, em razão da aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, o que perfaz 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, a qual torno definitiva.

Associação para o tráfico:

Fixo a pena-base em 3 anos e 8 meses de reclusão e 766 dias-multa. Na segunda etapa da dosimetria, reduzo a pena em 1/6 em razão da incidência da atenuante da menoridade relativa, passando a reprimenda ao patamar de 3 anos e 20 dias de reclusão e 638 dias-multa. Na terceira fase, majoro a pena em 1/6, em razão da aplicação da causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, o que perfaz 3 anos, 6 meses e 23 de reclusão e 744 dias-multa, a qual torno definitiva.

Somadas as penas dos dos delitos, chega-se ao total de 9 anos e 20 dia de reclusão e 1327 dias-multa.

Por derradeiro, afigura-se inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a pena foi fixada em patamar superior a 8 anos de reclusão, o que impede a fixação do regime diverso do fechado para o cumprimento inicial da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.

Do mesmo modo, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do *sursis*.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 0001652-16.2014.8.19.0080 para **9 anos e 20 dia de reclusão e 1327 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0296617-8

HC 341.822 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016521620148190080 146043352014 16521620148190080

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: EVERSON DE SOUZA TOMAZ

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.