



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.317 - SP (2014/0271666-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : TARCISIO WILLIANS MALACHIAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TARCISIO WILLIANS MALACHIAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PACIENTE CONDENADO COMO INCURSO NOS ARTS. 12 E 13, C/C O ART. 18, III, TODOS DA LEI N. 6.368/76, NA FORMA DO ART. 70 DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRIMADO DO *NE BIS IDEM*. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE JÁ PROMOVEU O DECOTE DA ANÁLISE DESFAVORÁVEL DOS ANTECEDENTES, MANTENDO APENAS O AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 18, INCISO II, DA LEI N. 6.368/76. *ABOLITIO CRIMINIS* QUANTO À PRIMEIRA PARTE DO DISPOSITIVO - ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. INOCORRÊNCIA EM RELAÇÃO À SEGUNDA PARTE - ENVOLVIMENTO DE MENOR NO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

– A alegação de ofensa ao primado do *ne bis in idem* encontra-se superada, pois o acórdão recorrido reduziu a pena-base, decotando a análise desfavorável dos antecedentes do acusado, mantendo, por outro lado, apenas o incremento de 1/6, pela reincidência, na segunda etapa da dosimetria.

– A orientação deste Superior Tribunal está sedimentada no sentido de não ser mais aplicável a causa especial de aumento relativa à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

associação eventual para o tráfico de drogas, em virtude da revogação do art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, operada pela Lei n. 11.343/06, que não mais contempla dita majorante.

– Contudo, na espécie, infere-se que o paciente foi acusado, juntamente com um adolescente, de transportar 597,2g de cocaína e 3,111g de maconha. Assim, verifica-se que a majoração da pena decorreu da incidência da segunda parte do inciso II do art. 18 da antiga Lei de Drogas – *visar a menores de 21 (vinte e um) anos*, cuja previsão segue contemplada no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06 – *sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente* –, de modo que não há falar, na espécie, em *abolitio criminis*. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.317 - SP (2014/0271666-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : TARCISIO WILLIANS MALACHIAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TARCISIO WILLIANS MALACHIAS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio, com pedido liminar, impetrado, em causa própria, por TARCÍSIO WILLIANS MALACHIAS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Revisão Criminal n. 0039150-37.2013.8.26.0000).

Consta dos autos que o acusado foi absolvido, em primeiro grau, da imputação do art. 12, c/c o art. 18, III, e do art. 13, todos da Lei n. 6.368/76, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal (fls. 34/39).

Irresignado, o Ministério Público apelou, havendo a Corte local dado provimento parcial ao recurso, para condenar o paciente como incurso nos arts. 12 e 13, c/c o art. 18, III, todos da Lei n. 6.368/76, na forma do art. 70 do Código Penal, aplicando-lhe as sanções de 6 anos, 4 meses e 6 dias de reclusão, em regime integral fechado, e 103 dias-multa (fls. 41/50).

Ajuizado pedido de revisão criminal, o Tribunal de origem julgou parcialmente procedente o pedido, reduzindo as penas a 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 89 dias-multa (fls. 51/55).

No presente *writ*, o impetrante/paciente requer a exclusão da agravante do art. 18, III, da 6.368/1976 diante da retroatividade da lei mais benéfica, pois a Lei 11.343/2006 não reconhece a associação eventual como causa de aumento de pena.

Pede, ainda, seja retirado o aumento imposto pelos maus antecedentes e, também, pela reincidência, pois caracterizada a violação ao *ne bis in idem*.

Pedido liminar indeferido (fls. 22/23).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 31/70.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, apenas para afastar o incremento de pena decorrente da associação eventual para o tráfico (fls. 74/76).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.317 - SP (2014/0271666-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante/paciente não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à sua defesa, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se a exclusão da agravante do art. 18, III, da 6.368/1976, diante da retroatividade da lei mais benéfica, bem como do aumento imposto pelos maus antecedentes e, também, pela reincidência, pois caracterizada a violação ao *ne bis in idem*.

A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, ao dar provimento ao recurso de apelação interposto pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusação, o Tribunal de origem condenou o paciente como incurso nos arts. 12 e 13, c/c o art. 18, III, todos da Lei n. 6.368/76, na forma do art. 70 do Código Penal, aplicando-lhe as sanções nos seguintes moldes (fls. 47/48):

Base de 3 anos de reclusão, mais 50 dias-multa, acrescida de 1/6, ante os maus antecedentes do acusado (fl. 54/55), resultando em 3 anos e 6 meses de reclusão, mais 58 dias-multa, mínimo valor unitário - por ausência de dados comprobatórios da situação econômica do réu.

Presente a agravante da reincidência (f. 44), aumenta-se as penas de mais 1/6, resultando em 4 anos, 1 mês e 67 dias-multa, mínimo valor unitário.

Por fim, face causa de aumento de pena da associação, majora-se as penas em mais $i/3$, resultando o apenamento de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, mais 89 dias-multa, mínimo valor unitário, para cada crime, o que se terna definitivo.

Finalmente, a causa de aumento pelo concurso formal em outro sexto.

Finais em 6 anos, 4 meses e 6 dias de reclusão, mais 103 dias-multa, valor mínimo unitário.

Ao julgar parcialmente procedente o pedido de revisão criminal, o Tribunal local afastou a valoração desfavorável dos antecedentes do acusado, reduzindo a pena final para 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 89 dias-multa. Já em relação à exclusão da causa de aumento prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/1976, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fl. 54):

Também, com relação ao reconhecimento da causa de aumento prevista no artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76 (associação eventual para o tráfico), tem-se que a Lei n. 11.343/06 não mais tipifica a conduta, mantida apenas a associação permanente para o tráfico (artigo 35).

Contudo, a matéria pertence à esfera da execução penal, porquanto trata de aplicação de novel diploma (artigo 66, inciso I, da Lei de Execução Penal, e Súmula 611 do STF).

De pronto, infere-se que a alegação de ofensa ao primado do *ne bis in idem* encontra-se superada, pois o acórdão recorrido reduziu a pena-base, decotando a análise desfavorável dos antecedentes do acusado, mantendo, por outro lado, o incremento de 1/6,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela reincidência, na segunda etapa da dosimetria.

Prosseguindo, quanto à causa de aumento da associação eventual para o tráfico de drogas, entendo que o constrangimento ilegal não se encontra evidenciado.

O art. 18, III, da Lei n. 6.368/1976 possuía a seguinte redação:

Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) :

(...)

*III – se qualquer deles decorrer de associação **ou** visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação;*

Já o artigo 40, VI, da vigente Lei n. 11.343/06 dispõe que:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação ;

Sabe-se que a orientação deste Superior Tribunal está sedimentada no sentido de não ser mais aplicável a causa especial de aumento relativa à associação eventual para o tráfico de drogas, em virtude da revogação do art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, operada pela Lei n. 11.343/06, que não mais contempla dita majorante.

Contudo, na espécie, infere-se que o paciente foi acusado, juntamente com um adolescente, de transportar 597,2g de cocaína e 3,111g de maconha. Assim, verifica-se que a majoração da pena decorreu da incidência da segunda parte do inciso II do art. 18 da antiga Lei de Drogas – *visar a menores de 21 (vinte e um) anos*, que segue contemplada no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06 – *sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente* –, de modo que não há falar, na espécie, em *abolitio criminis*.

Nesse sentido, destaco:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LEI PENAL NO TEMPO. ART. 18, INCISO II, DA LEI N. 6.368/76. ABOLITIO CRIMINIS QUANTO À PRIMEIRA PARTE DO DISPOSITIVO - ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. INOCORRÊNCIA EM RELAÇÃO À SEGUNDA PARTE - ENVOLVIMENTO DE MENOR NO CRIME. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. De fato, esta Corte Superior acumula julgados reconhecendo a abolitio criminis quanto à causa de aumento prevista na primeira parte do inciso II do art. 18 da Lei n. 6.368/76, porquanto a novel legislação antidrogas não prevê majoração da pena em razão de o delito "decorrer de associação".

In casu, todavia, a majoração da pena decorreu da incidência da segunda parte do inciso II do art. 18 da antiga Lei de Drogas - "visar [o crime] a menores de 21 (vinte e um) anos". Tal causa de aumento segue contemplada no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06 - "sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente" -, de modo que não há falar, na espécie, em abolitio criminis. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. (HC 332.097/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ser reconhecida de ofício por esta Corte, **não conheço do habeas corpus**, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0271666-8

HC 307.317 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 48298238 667639

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TARCISIO WILLIANS MALACHIAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TARCISIO WILLIANS MALACHIAS (PRESO)

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.