



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.468 - SP (2012/0264602-3)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : THIAGO PEREIRA FRANÇA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO PEREIRA FRANÇA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO DA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 3. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. 4. APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CABIMENTO. 5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Para a incidência do tipo de penal previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006 faz-se necessária a comprovação do vínculo associativo, de forma permanente e duradoura, e não apenas eventual, sendo fundamental que os agentes se reúnam com o propósito de manter uma meta comum. No caso, o Tribunal **a quo** ateve-se em justificar a prescindibilidade do vínculo de permanência e estabilidade, consignando apenas que os réus estavam juntos na mesma empreitada criminosa em associação eventual, enquanto que o Magistrado sentenciante absolveu o réu em virtude da absoluta ausência de qualquer prova de estabilidade ou organização.

3. O acusado que preenche os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, tem o direito subjetivo à redução da pena, nos parâmetros estabelecidos no referido dispositivo legal. Para tanto, cabe ao magistrado decidir, fundamentadamente, qual a fração de aplicação, sob pena de nulidade.

4. No caso, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos - diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão -, considerando a variedade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - 1,2 g (um grama e dois decigramas) de cocaína e 36,1 g (trinta e seis gramas e um decigrama) de **crack** -, droga de alto poder viciante e alucinógeno, o regime mais adequado à espécie é o semiaberto.

5. Pelos mesmos fundamentos, não se considera socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. **Writ** não conhecido. **Habeas corpus** concedido de ofício para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença de primeiro grau e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.468 - SP (2012/0264602-3)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Thiago Pereira França, em favor próprio, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática da conduta descrita no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, bem como absolvido da acusação do delito associação para o tráfico.

Segundo consta dos autos, o Magistrado sentenciante absolveu Rodrigo Aparecido Moura de Lima, dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e condenou Thiago Pereira França, o ora paciente, às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, por infração ao art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e o absolveu do delito previsto no art. 35 da mesma lei, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público recorreu da sentença para ver os dois acusados condenados nos termos da denúncia e o Tribunal **a quo** deu "provimento ao recurso para condenar RODRIGO APARECIDO DE MOURA E THIAGO PEREIRA FRANÇA às penas de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao art. 33, "**caput**", da Lei n. 11.343/06, bem como às penas de 03 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e no pagamento de 700 dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 35 da Lei n. 11.343/06" (fl. 53). Eis a ementa do acórdão (fl. 46):

Art. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/06 - Caracterização - Materialidade delitiva e autoria demonstradas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A forma como ocorreu a apreensão da droga demonstra a traficância, não se podendo desclassificar a figura para o art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Prova Palavras de Policial Validade Inexistência de motivos para incriminar o réu injustamente.

Penas fixadas no mínimo legal.

Inaplicável a redução de penas prevista no par. 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, tendo em vista que os acusados se associaram para a prática criminosa.

Regime fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Recurso provido.

O impetrante alega que a fundamentação apresentada no acórdão impugnado é inconsistente, desprovida de provas, baseada apenas em conjecturas, deduções e presunções circunstanciais. Afirmar que o Tribunal ignorou os depoimentos dos policiais militares que afirmaram, em juízo, conhecer o ora paciente como um usuário de drogas e não como traficante, e foi buscar, fora dos autos, razões de convencimento para destituir a sentença de primeiro grau.

Informa que atualmente encontra-se cumprindo pena no regime semiaberto, e o lapso para a progressão ao regime aberto foi implementado em 20/1/2013. Contudo, sobrevivendo os efeitos do acórdão, terá que retornar para o regime fechado.

Diante disso, pede, liminarmente, para permanecer no regime semiaberto até o julgamento do presente **habeas corpus**. No mérito, busca o reconhecimento de vícios que macularam sua condenação pelo Tribunal, com o consequente restabelecimento da sentença de primeiro grau.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 25/26. As informações foram prestadas às fls. 35/57. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo pugnou pelo restabelecimento da sentença de primeiro grau, nos termos como pleiteado pelo paciente. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, mas pela concessão da ordem (fls. 69/75).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.468 - SP (2012/0264602-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando-se no inciso LXVIII do art. 5º que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno. Passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Em razão disso, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam, para sua identificação e correção, o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário (AgRg no HC n.º 239.957/TO, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11/6/2011 e HC n.º 201.483/SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 27/10/2011).

Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo à análise das questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Analiso, inicialmente, os fundamentos da condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico.

O Magistrado sentenciante, no bojo da sentença, destacou "que os depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, aliados ao quanto dito pela outra testemunha e pelos próprios réus, são o bastante para a configuração do crime de tráfico de drogas pelo réu Thiago, mas não são o bastante para caracterizar os delitos apontados ao réu Rodrigo" (fl. 42).

Ao final, depois de analisar o acervo probatório, concluiu que "no tocante ao delito de associação para o tráfico, inviável a condenação, sobretudo em virtude da absolvição do réu Rodrigo, mas também em virtude da absoluta ausência de qualquer prova de estabilidade ou organização em que atuava, circunstâncias essenciais ao reconhecimento da conduta típica descrita no artigo 35 da Lei n.º 11.343/06" (fl. 43), razão pela qual absolveu o ora paciente da primeira imputação denunciada.

O Tribunal impetrado reconheceu a tipicidade do crime de associação para o tráfico - art. 35 da Lei n.º 11.343/2006 - porque os réus estavam juntos, numa mesma empreitada, qual seja, o tráfico de drogas, e a tipificação incide ainda que seja uma associação eventual. Eis as razões de decidir:

Quanto ao crime de associação, dispõe o artigo 35 da Lei nº 11.343/06 que:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Hoje em dia, ou seja, desde que entrou em vigor a Lei nº 11.343/06, como vimos acima, o legislador deixou de exigir, para que houvesse o crime do art. 35 da referida Lei, a prova de que a associação tinha caráter permanente.

Isso porque, antes da Lei nº 11.343/06 vigia a Lei nº 6.368/76, em que havia a figura da "associação de pessoas", em dois tipos penais: do art. 14, onde se exigia que a associação tivesse caráter permanente e no art. 18, inc. III, primeira parte, quando a associação tivesse apenas caráter eventual.

No caso do art. 14, da Lei 6.368/76, a figura típica constituía crime e no do art. 18, inc. III, primeira parte, da mesma Lei, tínhamos apenas uma agravante.

Como havia dificuldade de se provar a permanência da "associação de pessoas", os Juízes acabavam por desclassificar a figura típica do art. 14, para a agravante prevista no art. 18, inc. III, primeira parte, ambas da Lei nº 6.368/76, o que obviamente era uma porta para a impunidade.

Percebendo o que acontecia, o legislador, então, modificou a Lei de Tóxicos, suprimindo a existência da agravante, constituída pela associação eventual.

Consequentemente, foi criado o art. 35 da Lei nº 11.343/06, que não mais exige que a associação de pessoas, para fins de tráfico de entorpecentes, tenha caráter permanente; havendo o crime nele previsto, mesmo que a associação seja apenas eventual.

No caso dos autos, os réus estavam juntos, numa mesma empreitada, qual seja, o tráfico de drogas.

Diante da prova contida nos autos, indubitavelmente os réus infringiram o art. 35, da Lei nº 11.343/06.

Ocorre que, ao contrário do que decidiu o Tribunal **a quo**, para a incidência do tipo de penal previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006, faz-se necessária a comprovação do vínculo associativo, de forma permanente e duradoura, e não apenas eventual. Como bem ressaltou o parecer ministerial, é fundamental que os agentes se reúnam com o propósito de manter uma meta comum.

Nesse sentido, a título de exemplo, cito o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2005.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. (HC n. 208.886/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/12/2011).

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente e os corréus da imputação relativa à prática do crime de associação para o tráfico.

(HC n.º 193.232/SP, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 26/11/2012)

No caso, o Magistrado sentenciante absolveu o réu em virtude da absoluta ausência de qualquer prova de estabilidade ou organização e o Tribunal **a quo**, ao reformar a sentença e condenar os réus, ateve-se em justificar a prescindibilidade do vínculo de permanência e estabilidade, consignando apenas que os réus estavam juntos na mesma empreitada criminosa em associação eventual, razão pela qual deve ser restabelecida, nesta parte, a sentença absolutória.

No tocante ao agravamento da pena pelo Tribunal, relativamente à condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, entendo também que assiste razão ao impetrante.

O Juiz de primeiro grau individualizou a pena do crime da seguinte forma:

Passo a dosar as penas a serem aplicadas ao réu Thiago Pereira França. Em face das circunstâncias enumeradas no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixo as penas-base, no mínimo legal, isto é, em 05 (cinco) anos de reclusão e em 500 (quinhentos) dias-multa. Não se vislumbra a existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, posto estar a pena em seu patamar mínimo. Sendo o réu primário e não havendo comprovação de que se dediquem a atividades criminosas e nem que integrem organizações criminosas, aplico-lhes a causa de diminuição de pena prevista pelo artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e reduzo as penas da metade, atingindo as penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e de 250 (duzentos e cinquenta dias multa). Assim, torno definitivas, para o réu Thiago as penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e de 250 (duzentos e cinquenta dias multa). Fixo o valor do dia-multa, para ambos os réus, no mínimo legal.

O Tribunal impetrado, no julgamento do recurso da acusação, afastou a aplicação da causa especial de redução da pena pelos seguintes motivos:

Passa-se a dosimetria das penas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para o crime de tráfico de entorpecentes.

O dolo é normal é normal à espécie. Desta forma, fixa-se a pena-base de ambos os réus em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, que resta mantida, ante a inexistência de outras causas modificadoras.

Os sentenciados não fazem jus ao benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, que não representa direito subjetivo do acusado, eis que se associaram para a prática de tráfico de entorpecentes, não preenchendo, desta forma, os requisitos do dispositivo legal supra mencionado.

Ressalte-se que ao contrário do entendimento esposado no acórdão, se o acusado preenche os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, tem ele o direito subjetivo à redução da pena, nos parâmetros estabelecidos no referido dispositivo legal. Para tanto, cabe ao magistrado decidir, fundamentadamente, em cumprimento ao que dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal, segundo o qual, todas as decisões judiciais serão motivadas sob pena de nulidade.

Nesse sentido:

A - PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CRIME COMETIDO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.464/07. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O juiz, no exercício de suas funções judicantes, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado, deve fundamentar a não-aplicação do percentual de 2/3 de redução, sob pena de violação ao art. 93, IX, da CF/88, uma vez que é direito subjetivo do réu a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, desde que preenchidos os requisitos previstos no referido parágrafo.

2. Com a entrada em vigor da Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º da Lei 8.072/90, o regime de cumprimento da pena, para aqueles que cometem tráfico ilícito de entorpecentes, é o inicial fechado.

3. Ordem concedida para redimensionar a pena do paciente, fixando-a em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 193 dias-multa .

(HC n.º 159.682/SP, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 02/08/2010.)

B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. FIXAÇÃO DA MINORANTE EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO EM LEI. POSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 constitui direito subjetivo do condenado por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos necessários à sua aplicação, a saber, tratar-se de agente primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Reconhecido o direito à redução de pena, para a fixação do respectivo coeficiente em patamar inferior ao máximo previsto em lei, exige-se a devida fundamentação.

3. Na espécie, o estabelecimento da minorante em 1/3 (um terço) foi justificado na elevada quantidade de droga apreendida, fundamento que encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal.

4 - Ordem denegada. (HC n.º 126.447/SP, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe 14/12/2009.)

No caso, a sentença reconheceu ser o paciente primário e não haver comprovação de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas. No entanto, o Tribunal afastou a redução consignando apenas que a referida minorante não representa direito subjetivo do acusado, aduzindo que os réus se associaram para a prática de tráfico de entorpecentes, motivação que considero inidônea para afastar a aplicação do redutor da pena, razão pela qual deve a condenação ser restabelecida na forma como foi imposta na sentença.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, segundo consta do édito condenatório, foi fixado o fechado porque o crime de tráfico de drogas não admite regime mais brando (fl. 43).

Sobre o tema, cumpre asseverar que, nada obstante fosse previsto regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, o certo é que, a partir do julgamento do HC nº 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Assim, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, nas penas inferiores a 4 (quatro) anos de reclusão, o Superior Tribunal de Justiça passou a adequar o regime prisional, de acordo com os parâmetros estabelecidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no Código Penal, a fim de que fossem observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 27 de junho de 2012, ao julgar o **Habeas Corpus** n.º 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que 'a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Nesse julgamento, lembrou o Relator Ministro Dias Toffoli que, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo".

Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço.

Assim, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos - diga-se, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão -, considerando a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do paciente - 1,2 g (um grama e dois decigramas) de cocaína e 36,1 g (trinta e seis gramas e um decigrama) de **crack** - , droga de alto poder viciante e alucinógeno, o regime mais adequado à espécie é o semiaberto.

Pelos mesmos fundamentos, não se considera socialmente recomendável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Ante o exposto, não conheço da presente impetração. Contudo, concedo **habeas corpus** de ofício para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença condenatória e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0264602-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 261.468 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20120000573701

EM MESA

JULGADO: 21/03/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THIAGO PEREIRA FRANÇA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO PEREIRA FRANÇA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Regressão de Regime

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.