



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.582 - SP (2014/0005230-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULINE MAIRA REBECHI
PACIENTE : LUCIO TENÓRIO DOS ANJOS FILHO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PACIENTES CONDENADOS À PENA CORPORAL TOTAL DE 8 ANOS DE RECLUSÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO COM LASTRO NA PROVA COLHIDA APENAS NO INQUÉRITO POLICIAL E NA DESCRIÇÃO DO TIPO DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. NÃO OCORRÊNCIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. PLEITO RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PACIENTES PRIMÁRIOS, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODIFICAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– 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.

– Esta Corte tem entendimento consolidado no sentido de considerar inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial. Contudo, tal situação não se verifica na hipótese, já que o acórdão recorrido apoiou-se em elementos de prova reunidos sob o crivo do contraditório, inexistindo violação ao art. 155 do CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- O argumento defensivo de que a condenação pelo tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 apoiou-se em elementos inerentes ao tipo penal previsto no artigo 33 da Lei de Drogas, para presumir o ajuste prévio e permanente entre os acusados, importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*, de cognição sumária.
- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.
- Esta Corte consolidou o entendimento de que não se aplica a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 aos condenados pelo crime de associação para o tráfico, visto que tal fato evidencia a dedicação à atividade criminosa. Precedentes.
- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.
- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.
- Hipótese em que, considerando o montante da pena corporal, qual seja, 8 anos de reclusão, a primariedade dos acusados e a análise favorável das circunstâncias judiciais, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena
- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 04 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.582 - SP (2014/0005230-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULINE MAIRA REBECHI
PACIENTE : LUCIO TENÓRIO DOS ANJOS FILHO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULINE MAIRA REBECHI E LUCIO TENORIO DOS ANJOS FILHO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 1.0126.07.007829-3/001).

Consta dos autos que os pacientes, em primeiro grau, foram absolvidos do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, mas condenados à pena corporal de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso no tipo descrito no art. 33 do mesmo diploma legal (fls. 31/43).

Irresignadas, as parte recorreram. O Tribunal local negou provimento aos apelos defensivos e proveu o recurso do Ministério Público, aplicando aos pacientes as penas totais de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.200 dias-multa, ante a condenação pelo art. 35 da Lei n. 11.434/2006 e o afastamento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 77/83).

No presente *mandamus* (fls. 1/27), a impetrante sustenta que os pacientes sofrem flagrante constrangimento ilegal, pois a condenação, em relação ao delito de associação para o tráfico: a) baseou-se apenas nos elementos informativos colhidos na fase administrativa, violando, assim, o art. 155 do CPP; e b) apoia-se em elementos inerentes ao tipo penal previsto no artigo 33 da Lei de Drogas para presumir o ajuste prévio e permanente entre os acusados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz, ainda, que, independentemente de afastada a condenação pelo delito de associação para o tráfico de entorpecentes, a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é medida que se impõe, pois presentes aos requisitos legais.

Por fim, sustenta que o regime inicial fechado foi fixado com lastro apenas na hediondez do delito, em evidente afronta à Súmula n. 440/STJ e art. 93, IX, da Constituição Federal. Destaca a primariedade dos pacientes e a análise favorável das circunstâncias judiciais, de modo que, considerando o montante da pena, o regime cabível ao caso é o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

Requer, assim, inclusive liminarmente, a concessão da ordem para que: **a)** seja afastada a condenação pelo delito de associação para o tráfico; **b)** seja reconhecida a figura do tráfico privilegiado; **c)** seja alterado o regime de cumprimento da pena do fechado para o semiaberto; e **d)** seja aplicado o art. 44 do Código Penal.

Pedido liminar indeferido (fls. 101/105).

Informações prestadas às fls. 120/140.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 144/158).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.582 - SP (2014/0005230-5)

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 a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa dos pacientes, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca a defesa a anulação do o acórdão recorrido, pois o Tribunal local lastreou a condenação pelo delito de associação para o tráfico apenas em elementos informativos.

Inicialmente, sobre a necessidade de a condenação estar baseada em provas produzidas sob o crivo do contraditório, o artigo 155 do Código de Processo Penal veda, expressamente, a prolação de édito repressivo lastreado exclusivamente em elementos de convicção colhidos no inquérito policial. Por oportuno, confira-se a letra do mencionado dispositivo legal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas

Nessa linha, vale consignar que esta Corte tem entendimento consolidado no sentido de considerar inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial.

Na espécie, depreende-se dos autos que o Tribunal de origem considerou comprovada a autoria atribuída aos pacientes, mantendo a condenação pelo tráfico e condenando-os pela prática do delito de associação para o tráfico de drogas, com lastro essencialmente nos depoimentos colhidos no curso da instrução processual, tendo o voto condutor do acórdão consignado que (fls. 80/82):

A autoria foi atestada pelos policiais militares que efetuaram a prisão dos réus. Assim é, que David Comino esclareceu que, na data dos fatos, realizaram campana por cerca de 20 minutos, constatando que os réus estava efetuando o tráfico em uma viela.

Pessoas se aproximavam, entregavam algo, recebendo algo em troca.

As substâncias estavam no chão e os réus faziam rodízio. No interior do saco onde pegavam as drogas foram encontrados crack, maconha e cocaína. Um terceiro indivíduo, responsável pelo recebimento do dinheiro, conseguiu fugir. Ambos os réus admitiram a traficância para sustentar o vício, informando que ganhavam cerca de quarenta reais por dia ou porções de entorpecentes na atividade ilícita. No mesmo sentido foram os relatos do policial Fernando de Aragão Bueno.

Os réus confessaram o envolvimento com o comércio clandestino na fase administrativa. PAULINE afirmou que trabalhava na “biqueira da borracharia” há cerca de quatro anos, bem como que trabalhava junto com o corréu há um mês, a fim de sustentar seu vício. Na data dos fatos, estava auxiliando MARCO (pessoa que conseguiu fugir durante a abordagem policial) na venda das drogas (fls. 06). LÚCIO também afirmou trabalhar na biqueira a fim de sustentar seu vício, confirmando que auxiliava MARCO na venda dos entorpecentes por ocasião de sua prisão (fls. 07).

A confissão vale, como se tem afirmado e reafirmado, não pelo lugar em que é prestada, mas pela força de convencimento que lhe seja ínsita.

Na hipótese, a confissão feita na fase administrativa foi plenamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corroborada pelos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, os quais, sempre que ouvidos, narraram os fatos tais quais descritos na denúncia.

Diante do exposto, a retratação judicial, no sentido de que estavam no local apenas para adquirir entorpecente, não merece credibilidade.

Não há dúvidas quanto à venda de entorpecentes pelos réus, não havendo que se falar em absolvição ou desclassificação do delito.

Por outro lado, a quantidade e a variedade de drogas apreendidas (17 tubetes de crack, 35 tubetes de cocaína e 09 saquinhos de maconha), a ausência de comprovação de atividade laborativa lícita, e as circunstâncias da prisão dos réus, em plena atividade de venda organizada, repassando o numerário recebido para terceiro, demonstram a existência da organização criminosa para a prática do tráfico. O propósito associativo restou configurado, restando claro que havia um ajuste prévio entre os réus, bem como entre eles e o terceiro elemento que conseguiu fugir. Os réus confessaram a associação criminosa, confissão que foi confirmada pelos policiais responsáveis pelas prisões, bem como pelo Delegado que presidiu o inquérito.

A condenação pelo delito de associação, conforme postulado no apelo ministerial, é medida de rigor.

Tem-se, assim, que a condenação lastrou-se na prova oral obtida sob o crivo do contraditório, a qual apenas confirmou os elementos colhidos durante a fase administrativa, inexistindo, portanto, qualquer ofensa ao art. 155 do CPP.

A propósito:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTO PRESTADO POR MENOR DE IDADE NO INQUÉRITO POLICIAL SEM A PRESENÇA DE CURADOR. NÃO OCORRÊNCIA. ÉDITO REPRESSIVO QUE EXPRESSAMENTE FAZ MENÇÃO AOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO COLHIDOS NA FASE JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. Embora esta Corte Superior de Justiça tenha entendimento consolidado no sentido de considerar inadmissível a prolação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que as instâncias ordinárias apoiaram-se também em elementos de prova reunidos sob o crivo do contraditório.

(...)

3. *Habeas corpus não conhecido. (HC 353.232/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016) - grifei.*

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. EXAME APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PROVA COLHIDA APENAS NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*

2. *A via estreita do writ não é adequada à análise de alegações relativas à absolvição por falta de provas para a condenação, por demandar tal exame o revolvimento fático-probatório. Precedentes.*

3. Segundo entendimento desta Corte, não há violação ao art. 155 do Código de Processo Penal quando a condenação se apoia também em elementos de provas judicializadas, colhidas no âmbito do devido processo legal. Precedentes.

(...)

8. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena. (HC 316.472/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015) - grifei.*

Por outro lado, o argumento defensivo de que a condenação pelo tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 apoiou-se em elementos inerentes ao tipo penal previsto no artigo 33 da Lei de Drogas, para presumir o ajuste prévio e permanente entre os acusados, importa revolvimento probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*, de cognição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sumária.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DO RITO DA LEI N. 10.409/2002. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. SUSCITAÇÃO ANTES DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO. CRIME DO ART. 14 DA LEI N. 6.368/1976. ALEGADA INEXISTÊNCIA DO VÍNCULO ASSOCIATIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO HÍBRIDA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA RETROATIVA INTEGRAL. SÚMULA 501 DO STJ. PRETENDIDA APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INCURSÃO EM FATOS E PROVAS. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

5. O exame acerca da existência ou não de vínculo associativo apto a afastar a condenação pelo delito do art. 14 da Lei n. 6.368/1976 não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.

(...)

12. Habeas Corpus não conhecido. (HC 231.272/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 12/08/2016) - grifei.

Prosseguindo, requer a defesa o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por entender que os pacientes atendem aos requisitos legais.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, vale destacar que esta Corte tem decidido que não se aplica a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ao réu condenado também pelo crime de associação para o tráfico de drogas, circunstância que evidencia a dedicação à atividade criminosa. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE RAFAEL CONDENADO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PACIENTES GRACIELLE E EDMILSON. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL A QUO, COM BASE NO ACERVO PROBATÓRIO, NO SENTIDO DE QUE SE DEDICAVAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PACIENTE RAFAEL . PENA SUPERIOR A 8 ANOS. PACIENTE GRACIELLE. PENA SUPERIOR A 4 E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. PACIENTE EDMILSON. PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. Não se aplica a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ao réu condenado também pelo crime de associação para o tráfico de drogas. Precedentes.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica às atividades criminosas.

(...)

11. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime semiaberto para o paciente EDMILSON. (HC 312.499/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 30/08/2016) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ASSOCIAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. PARECER ACOLHIDO.

(...)

3. Não se aplica a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 aos condenados pelo crime de associação para o tráfico, visto que esse fato evidencia a dedicação a atividade criminosa.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 297.075/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016) - grifei.

Assim, no caso, como o acórdão recorrido consignou que os pacientes dedicam-se à atividade criminosa, tanto que também foram condenados pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, inviável a aplicação da minorante em tela.

Por oportuno, mantida a condenação pelo delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 e, do mesmo modo, não reconhecido o tráfico privilegiado, inviável a substituição da pena corporal, uma vez que o seu montante ultrapassa o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Por fim, quanto ao regime prisional, sabe-se que, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

Na espécie, infere-se que o acórdão recorrido, ao condenar os ora pacientes como incurso nas penas dos arts. 35 da Lei n. 11.343/2006, estabeleceu a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base no mínimo legal de 3 anos de reclusão, pena esta que se tornou definitiva, pois ausentes causas modificativas. Em seguida, ao afastar a redução pelo privilégio, manteve a pena do delito descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em 5 anos de reclusão e, diante da regra do concurso material (art. 69 do CP), promoveu o somatório das penas, que atingiu o montante definitivo de 8 anos de reclusão. Na ocasião, o regime prisional fechado foi fixado nos seguintes moldes (fl. 82/83):

O valor do dia-multa será o mínimo legal e o regime carcerário será o inicialmente fechado, diante da gravidade dos delitos, bem como da quantidade de pena fixada .

Observa-se que o regime fechado, mais severo do que a pena comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, pois baseado apenas na gravidade abstrata do delito, em afronta, portanto, ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e na Súmula 440/STJ, que segue transcrita: *Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

Nesse mesmo sentido, seguem as Súmulas n. 718 e 719/STF, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Assim, tendo em vista o *quantum* da condenação, a primariedade dos acusados e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, tanto que as penas-base foram estabelecidas no piso legal, cabível o regime intermediário, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, também do Código Penal. Nessa linha:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. CRIME CONSUMADO À ÉPOCA DA VIGÊNCIA DA LEI N. 6.368/1976. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 501 DO STJ. REGIME FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HEDIONDEZ DO CRIME. LEI N. 8.072/1990.
INCONSTITUCIONALIDADE.

(...)

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No caso, em razão de o regime fechado ter sido fixado unicamente em razão da hediondez do crime de tráfico e porque a pena-base foi fixada no mínimo legal, haja vista a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e o fato de ser o réu primário, impõe-se a concessão da ordem para lhe assegurar o início do cumprimento da pena em regime semiaberto.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, salvo se o réu por outro motivo encontrar-se em regime mais gravoso. (HC 318.023/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 22/2/2016) – grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para modificar o regime inicial de cumprimento de pena dos pacientes para o semiaberto (processo n. 0018277-94.2012.8.26.0050).

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0005230-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 286.582 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00182779420128260050 182779420128260050

EM MESA

JULGADO: 04/10/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULINE MAIRA REBECHI
PACIENTE	: LUCIO TENÓRIO DOS ANJOS FILHO

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

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