



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.815 - MS (2011/0010835-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : **HENOCH CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PACIENTE : **RAFAEL CAVALCANTE ALBUQUERQUE (PRESO)**
ADVOGADO : **ROBSON DE SOUZA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF.

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. Entretanto, em hipóteses excepcionais, este Tribunal Superior tem concedido, de ofício, ordem de *habeas corpus*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, quando a ilegalidade apontada for flagrante.

2. A análise da ocorrência ou não da estabilidade para caracterização do delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) demanda incursão no contexto fático-probatório, providência inadmissível na via estreita do *habeas corpus*. Tal limitação inviabiliza, igualmente, o reexame das razões adotadas pelas instâncias ordinárias no tocante à aplicação da fração pertinente do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a partir das provas trazidas aos autos.

3. 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 ser observado o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, o que não foi obedecido no caso em comento.

4. Mantido o *quantum* da pena em 7 anos e 2 meses de reclusão e 1.116 dias-multa, inviável a substituição da reprimenda, em face da ausência do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Juízo das Execuções Criminais analise o regime prisional a ser imposto na espécie, afastada a vedação legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de março de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.815 - MS (2011/0010835-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de RAFAEL CAVALCANTE ALBUQUERQUE, condenado, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 7 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1.116 dias-multa, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

O Tribunal de origem negou provimento às apelações da defesa e do Ministério Público, fls. 760/770.

No presente *writ*, o impetrante pleiteia: absolvição do paciente em relação ao crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006; aplicação da causa de diminuição de pena expressa no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo; fixação do regime aberto; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela parcial concessão da ordem (fls. 803/807).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.815 - MS (2011/0010835-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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 for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Colhe-se dos autos que o paciente possuía em depósito, para fins de tráfico, 12 papелotes de cocaína, totalizando 80g, e 1 tablete de maconha, pesando 35g.

As partes apelaram da sentença, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento aos recursos, conforme ementa a seguir:

EMENTA- APELAÇÃO CRIMINAL- TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO- RECURSO MINISTERIAL- AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06- IMPOSSIBILIDADE- PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DA BENESSE- RECURSO DEFENSIVO- ABSOLVIÇÃO- PRETENSÃO NÃO ACOLHIDA- COMPROVADA TANTO A AUTORIA QUANTO A MATERIALIDADE- APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 EM SEU PATAMAR MÁXIMO- IMPOSSIBILIDADE- DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS QUE VEDAM A FIXAÇÃO NO QUANTUM DESEJADO- AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ- IMPOSSIBILIDADE- COMPROVADO QUE O AGENTE ERA TRAFICANTE HABITUAL, NÃO EVENTUAL- RECURSOS IMPROVIDOS.

A simples condenação do agente pela prática do crime de associação para o tráfico (art. 35, da Lei nº 11.343/06) não impede a concessão da benesse do art. 33, § 4º, da Nova Lei de Drogas, devendo o agente- para fazer jus ao benefício- preencher os requisitos da primariedade, dos bons antecedentes, da não dedicação à atividade criminosa e não integração de organização criminosa.

Impõe-se a manutenção da condenação do agente, quando há nos autos provas suficientes de autoria e de materialidade, não havendo que falar-se em fraco, ou mesmo inexistente, conjunto probatório.

Não se pode fixar o *quantum* da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu grau máximo (2/3), quando o agente foi preso com mais de um tipo de droga.

Sendo o agente traficante habitual de drogas, não há que se falar em afastamento da hediondez do crime de tráfico, eis que tal benesse é concedida apenas para aqueles traficantes eventuais e/ou ocasionais, tais como as “mulas”.

No presente *mandamus*, o impetrante afirma que o paciente foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenado pelo crime de associação ao tráfico, sem, contudo, existirem provas para tanto, tampouco demonstração do vínculo associativo permanente. Aduz que o réu faz jus à aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar máximo. Ao final, pugna pela imposição do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, após realizada a revisão da dosimetria da pena e declarada a absolvição da associação ao tráfico.

Quanto ao pleito de absolvição do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, verifica-se que a análise da ocorrência ou não da estabilidade para a caracterização do referido crime demandaria incursão no contexto fático-probatório, providência inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. [...] ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ANIMUS ASSOCIATIVO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REAPRECIACÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. [...] HABEAS CORPUS DENEGADO.
[...]

2. As instâncias ordinárias, após exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluíram pela existência de elementos coerentes e válidos a ensejar a condenação dos Pacientes pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas, ressaltando a existência do vínculo associativo, bem como a estabilidade e a permanência da associação. Assim, para se acolher a pretendida absolvição, seria necessário reapreciar todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra incabível na via do *habeas corpus*.
[...]

5. Habeas corpus denegado. (HC 200.207/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 24/10/2012.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 35 DA LEI N.º 11.343/06 E REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. COMPROVADA A ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS AGENTES. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. [...] ORDEM DENEGADA.
[...]

4. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto o Colegiado estadual logrou fundamentar de forma concreta a ocorrência do delito de associação para o tráfico, entendendo que restou plenamente comprovada a associação estável e permanente entre os acusados. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o reexame do conjunto-fático probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Concluído pelo Tribunal a quo que o paciente integrava organização criminosa, não incide a referida minorante, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para rever tal conclusão, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do writ.

6. 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. In casu, tendo a reprimenda final alcançado 8 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do regime aberto.

8. Ordem denegada. (HC 201.256/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012.)

Atinente à aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, esta Corte já firmou o entendimento de que "a quantidade e qualidade da droga apreendida podem, em análise conjunta com os demais elementos constantes do processo criminal, interferir na escolha do percentual de redução pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, assim como na fixação do regime prisional e na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (AgRg no REsp. 1.376.334/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 29/08/2014).

Compete às instâncias ordinárias aplicar a fração pertinente ao aludido redutor em cotejo com as provas trazidas aos autos. Assim, também, não cabe nessa via processual o reexame de tal matéria, pois demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório.

No que concerne ao regime prisional para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º 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.

Destarte, tendo a Corte *a quo* inviabilizado a aplicação de regime diverso do fechado apenas em virtude de norma legal considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, entendo que a insurgência merece prosperar nesse ponto.

Outrossim, a Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, em casos tais, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

No caso, mantido o *quantum* da pena em 7 anos e 2 meses de reclusão e 1.116 dias-multa, inviável a substituição da reprimenda, em face da ausência do requisito objetivo previsto no inciso I do aludido diploma legal.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Todavia, CONCEDO a ordem, de ofício, a fim de determinar que o Juízo das Execuções Criminais analise o regime prisional a ser imposto na espécie, afastada a vedação legal contida no art. 2º, § 1º, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei n. 8.072/1990.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0010835-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 194.815 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12090018739 20100359162

EM MESA

JULGADO: 03/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENoch CABRITA DE SANTANA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : RAFAEL CAVALCANTE ALBUQUERQUE (PRESO)
ADVOGADO : ROBSON DE SOUZA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
CORRÉU : ANDRÉ MUNIZ DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE : DR. JAIME DE CARVALHO LEITE FILHO (P/PACTE)

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.