



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.047 - SP (2016/0112859-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **HELIO DA SILVA SANCHES**
ADVOGADO : **HÉLIO DA SILVA SANCHES - SP224750**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CAMILA MESQUITA DE OLIVEIRA**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NO DELITO DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE NÃO ELEVADA DE DROGA DE MENOR PODENTE CIAL LESIVO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DE CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o *animus* associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

3. *In casu*, à mingua de um exame aprofundado do conteúdo probatório, verifica-se que a Corte *a quo* não apresentou elementos concretos que demonstrem efetivamente o vínculo associativo estável e permanente entre a paciente e o corréu, tendo consignado que "o tipo penal previsto no artigo 35 da Lei nº. 11.343/06 pressupõe a reunião de propósitos para a exploração do comércio ilegal de drogas, não sendo a estabilidade elemento de sua qualificação," estando, portanto, em desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte.

4. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

5. Considerando o disposto no art. 59 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas, e tratando-se de pequena quantidade de droga de menor potencial lesivo (75,4g de maconha), é desproporcional e desarrazoada a exasperação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base em 1/6, visto que não há outras circunstâncias desfavoráveis, impondo-se o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal.

6. Tendo a pena-base sido redimensionada ao mínimo legal (5 anos), tornou-se inviável a incidência da atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, nos termos da Súmula 231 do STJ, que estabelece que "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

7. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

8. No caso, ao contrário do firmado pelo Tribunal de origem, entende-se que a quantidade do entorpecente apreendido não se mostra elevada, fazendo jus a paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.

9. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

10. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

11. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

12. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a sentença condenatória, de forma a absolver a paciente pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, fixar a pena-base no mínimo legal para o delito de tráfico e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar máximo, ficando a reprimenda final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 194 dias-multa, bem para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.
Brasília (DF), 1º de setembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.047 - SP (2016/0112859-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **HELIO DA SILVA SANCHES**
ADVOGADO : **HÉLIO DA SILVA SANCHES**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CAMILA MESQUITA DE OLIVEIRA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **CAMILA MESQUITA DE OLIVEIRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que a paciente foi condenada, com outro corrêu, à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006, bem como foi absolvida pela prática do delito previsto no art. 35 c/c o art. 40, III, ambos da Lei de Drogas.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial, a fim de condená-la por associação para o tráfico à pena de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, mais pagamento de 952 (novecentos e cinquenta e dois) dias-multa, bem como para afastar o redutor do tráfico privilegiado e exasperar a pena-base quanto ao delito de tráfico de drogas, fixando a reprimenda em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, e o regime inicial fechado.

Neste *writ*, o impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena e a injusta condenação por associação de tráfico de drogas, alegando ser desproporcional a exasperação da pena-base em 1/6 pela pequena quantidade de droga (75,4g de maconha), tendo ainda afastada a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 com base apenas ilações, mesmo tendo a paciente preenchido todos os requisitos legais para a concessão da benesse (primária, de bons antecedentes, não se dedica a atividade criminosa, nem integra organização criminosa).

Sustenta que inexistente qualquer indício de que teria se associado ao corrêu de forma estável e duradoura para a prática da traficância, o que inclusive restou comprovado durante a instrução processual, sendo a absolvição medida que se impõe.

Pugna, liminarmente, pela expedição de contramandado de prisão, fixando-se medidas cautelares diversas do cárcere.

No mérito, requer a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no tocante ao crime de tráfico de drogas, bem como a absolvição pela prática do delito do art. 35 do mesmo diploma legal.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 414).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 422-423).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, a fim de restabelecer a sentença condenatória (e-STJ, fls. 440-446).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.047 - SP (2016/0112859-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **HELIO DA SILVA SANCHES**
ADVOGADO : **HÉLIO DA SILVA SANCHES**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CAMILA MESQUITA DE OLIVEIRA**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NO DELITO DO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE NÃO ELEVADA DE DROGA DE MENOR PODENTE CIAL LESIVO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DE CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o *animus* associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.

3. *In casu*, à mingua de um exame aprofundado do conteúdo probatório, verifica-se que a Corte *a quo* não apresentou elementos concretos que demonstrem efetivamente o vínculo associativo estável e permanente entre a paciente e o corréu, tendo consignado que "o tipo penal previsto no artigo 35 da Lei nº. 11.343/06 pressupõe a reunião de propósitos para a exploração do comércio ilegal de drogas, não sendo a estabilidade elemento de sua qualificação," estando, portanto, em desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte.

4. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

5. Considerando o disposto no art. 59 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas, e tratando-se de pequena quantidade de droga de menor potencial lesivo (75,4g de maconha), é desproporcional e desarrazoada a exasperação da pena-base em 1/6, visto que não há outras circunstâncias desfavoráveis,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impondo-se o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal.

6. Tendo a pena-base sido redimensionada ao mínimo legal (5 anos), tornou-se inviável a incidência da atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, nos termos da Súmula 231 do STJ, que estabelece que "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

7. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

8. No caso, ao contrário do firmado pelo Tribunal de origem, entende-se que a quantidade do entorpecente apreendido não se mostra elevada, fazendo jus a paciente à aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando considerada sua primariedade, bons antecedentes e a ausência, no caso concreto, de elementos indicativos de que integre organização criminosa ou de que se dedique à criminalidade.

9. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

10. Estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento inicial em regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

11. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

12. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a sentença condenatória, de forma a absolver a paciente pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, fixar a pena-base no mínimo legal para o delito de tráfico e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar máximo, ficando a reprimenda final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 194 dias-multa, bem para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

No tocante ao delito de associação para o tráfico de drogas, verifica-se que o Tribunal de origem entendeu por condenar a paciente pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fl.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

202-207):

"Com efeito, perante a autoridade policial, Camila confessou ter recebido droga de um desconhecido para que fosse entregue ao marido, o corréu Fabrício, então cumprindo pena na Penitenciária I, em Guareí/SP. Segundo informou, Fabrício lhe disse sobre uma pessoa iria procurá-la para entregar a droga, como realmente ocorreu. Ocultou o entorpecente em sua vagina para passar em revista, mas agentes penitenciárias acharam a droga, encaminhando-a ao pronto socorro a fim de submetê-la a radiografia. Antes, porém, passou a ocultar o tóxico em suas vestes, de modo a nada apresentar o raio-x.

Porém, a agente penitenciária Rita percebeu a situação, resolvendo a apelada entregar a droga, cujo destinatário seria outro detento, pois seu marido não usava entorpecente (fls. 06).

Em pretório, ratificou a confissão, dando apenas nova versão acerca do destino da droga, que agora seria para consumo de seu marido, alegando ter levado a maconha em virtude das ameaças por ele sofridas na penitenciária (mídia - fls. 122).

De seu turno, Fabrício optou por se manter silente na Delegacia para, em juízo, negar a acusação, mencionando ter tomado ciência do ocorrido por funcionários da Penitenciária. Disse, ainda, não ter sofrido ameaças, assumindo ser usuário de maconha (fls. 34 e mídia fls. 122).

Ressalte-se ser inegável o valor da confissão judicial prestada por Camila que, por se presumir livre dos vícios de inteligência e vontade, tem um valor absoluto, servindo como base condenatória mesmo quando único elemento incriminador. Só perderá sua força se desmentida pelas provas restantes (TJESP, Apelação Criminal nº. 0000700-33.2009.8.26.0366, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO, julgado em 10/05/12), algo não verificado *in casu*.

E, corroborando a prova acusatória, a agente penitenciária Rita de Cássia Silva relatou ter encaminhado a ré ao setor de radiografia do hospital, por suspeitar da existência de um objeto em sua vagina. Apesar da negativa obtida pelo de exame de Raios-X, a própria ré resolveu entregar-lhe o pacote contendo maconha, que fora ocultado em suas vestes ainda na penitenciária, enquanto aguardava a escolta policial. Esclareceu, ainda, que a acusada visitava seu marido há algum tempo e que a droga a ele se destinava (fls. 04 e 84/v).

Daiane Oliveira Cruz, por seu turno, confirmou o relato de sua colega Rita (fls. 05 e 85).

Por outro lado, as testemunhas arroladas pela defesa Isabel Mesquita de Melo Oliveira, Jéssica Carla Mesquita de Oliveira e Maria Helena da Silva Conejero nada puderam declinar sobre os fatos (mídia fls. 99).

[...]

Pondere-se que somente pessoa associada a grupo criminoso pode obter volume considerável de droga (como aquele apreendido em poder da ré), algo apto a evidenciar estreito vínculo com organização criminoso, de modo a corroborar a infração penal prevista no artigo 35 da Lei de Tóxico.

Constata-se, ainda, que seria até mesmo o caso de se condenar Fabrício também pelo tráfico, algo inviável em segundo grau, dada a ausência da descrição do fato na denúncia.

Diante da situação descrita, indiscutível a associação formada pelos denunciados, ambos mantendo frequentes contatos, consoante comprova o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

documento juntado a fls. 53/54.

É que o “acerto” ou divisão de funções notada torna patente o *animus* associativo ou a união formada para o sucesso do tráfico dentro do presídio onde Fabrício cumpria pena, ficando nítida a convergência de vontades, no caso corroborada pela entrega da droga no estabelecimento prisional pela apelada, para que fosse vendida aos demais detentos por seu companheiro, como se verifica do cotidiano da prisão, daí a associação descrita na denúncia.

Registre-se, ainda, que, além de o réu não trabalhar por estar preso, sua companheira não comprovou satisfatoriamente exercer atividade remunerada, quadro suficiente para corroborar os crimes sob análise, chegando-se à segura conclusão de que obtinham o sustento do tráfico, ainda mais porque a aquisição de quantidade considerável de maconha exige capital condizente com o vil comércio.

De outra banda, o tipo penal previsto no artigo 35 da Lei nº. 11.343/06 pressupõe a reunião de propósitos para a exploração do comércio ilegal de drogas, não sendo a estabilidade elemento de sua qualificação, porquanto, expressamente, fala-se em prática reiterada ou não dos crimes ali descritos, bastando a simples associação isolada com união de forças para a tipificação da conduta em comento.

“O art. 35 da atual lei reproduz integralmente a conduta que era prevista no art. 14 da lei antiga, que continuou sendo chamada de associação ao tráfico, exigindo inclusive que a conduta tenha o fim de reiteradamente ou não praticar os crimes definidos no art. 33, caput e § 1º, tendo apenas alterado a pena de multa, que foi aumentada, acrescentando o parágrafo único” (VICENTE GRECO FILHO e JOÃO DANIEL ROSSI, “Lei de Drogas Anotada”, 1ª ed., Saraiva, 2007, art. 35, pág. 119, grifei).

“Pouco importa, dessa forma, se os agentes desejam ou não a prática reiterada do crime de tráfico, bastando a associação para a prática de um único crime” (ROBERTO MENDES DE FREITAS JÚNIOR, Drogas, 1ª ed., J. Oliveira, 2006, item 6., pág. 74).

Conclui-se, então, que ambos estavam “ligados” entre si por um *animus* associativo (ou ajuste prévio), objetivando a prática, reiterada ou não, do crime de tráfico, daí as infrações penais descritas na denúncia.”

Como cediço, esta Corte firmou o entendimento que o acolhimento da pretensão de absolvição do delito de associação para o tráfico de drogas implicaria em imersão em todo o conjunto fático probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*. (Vide: HC 326.074/PE, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 21/03/2016 e HC 192665 / RJ, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 26/02/2016).

Entretanto, é firme também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, para a caracterização do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é imprescindível a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, *caput* e § 1º, e/ou do art. 34, da Lei de Drogas.

Nesse sentido:

"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. AUSÊNCIA DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, 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 n.º 11.343/2006" (HC 166.979/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 15/08/2012). Precedentes.

3. Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. 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 5 anos e 10 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de restabelecer a sentença de primeiro grau, especificamente no ponto referente à absolvição quanto ao delito de associação para o tráfico, e para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena."

(HC 248.090/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, DJe 21/05/2014)

Na hipótese, à mingua de um exame aprofundado do conteúdo probatório, verifica-se que a Corte *a quo* não apresentou elementos concretos que demonstrem efetivamente o vínculo associativo estável e permanente entre a paciente e o corréu, tendo consignado que "o tipo penal previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/06 pressupõe a reunião de propósitos para a exploração do comércio ilegal de drogas, não sendo a estabilidade elemento de sua qualificação, porquanto, expressamente, fala-se em prática reiterada ou não dos crimes ali descritos, bastando a simples associação isolada com união de forças para a tipificação da conduta em comento", estando, portanto, em desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte.

A propósito:

"*HABEAS CORPUS*. ART. 35, DA LEI N. 11.343/2006. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MERO CONCURSO DE AGENTES. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é imprescindível a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa.

2. O acórdão impugnado, ao concluir pela condenação do paciente e do corréu pelo crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, em momento algum fez referência ao vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre eles, de maneira que, constatada a mera associação eventual entre os acusados para a prática do tráfico de drogas – sem necessidade de reavaliação probatória ou exame de fatos –, devem ser absolvidos do delito em questão.

3. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para absolver o paciente do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, com extensão dos efeitos desse *decisum* para o corréu, a teor do art. 580 do CPP."

(HC 270.837/SP, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 30/03/2015)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO, QUANTO À ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA SUPOSTA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, ELEMENTO ESSENCIAL PARA A CONFIGURAÇÃO DO FATO TÍPICO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO, NO PARTICULAR. EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido *habeas corpus* "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o *writ*, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do *habeas corpus*, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido *habeas corpus*, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. No caso dos autos, o paciente restou condenado pelo delito de associação para o tráfico de drogas, sem que o acórdão impugnado fizesse qualquer registro quanto à necessária demonstração da estabilidade e permanência da suposta associação criminosa.

VI. Ante a ausência de fundamentação suficiente, apta a embasar a condenação do paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas, elemento essencial para a configuração do fato típico, inafastável a declaração de nulidade do acórdão impugnado, no particular.

VII. Não se trata, portanto, de absolvição do paciente, relativamente ao delito de associação para o tráfico de drogas, por ausência de provas suficientes para a condenação, conforme dispõe o art. 386, VII, do Código de Processo Penal, tarefa que demandaria o revolvimento do acervo fático dos autos, o que resta inviável, em sede de *habeas corpus*.

VIII. *Habeas corpus* não conhecido, porquanto substitutivo de Recurso Especial.

IX. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente, por atipicidade da conduta, quanto à condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006)."

(HC 215975/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Min. ASSUETE MAGALHÃES, Sexta Turma, DJe 01/07/2014)

Colaciono, inclusive, os fundamentos lançados pelo Juízo sentenciante para absolver a paciente pelo delito de tráfico de drogas, os quais estão em conformidade com o entendimento desta Corte Superior (e-STJ, fls. 135-136):

"No que diz respeito ao crime de associação para o tráfico, todavia, não restou demonstrada sua configuração. Isso porque a associação requer organização estável e permanente com a finalidade de praticar, reiteradamente, o crime de tráfico, não bastando o meramente ocasional. ALBERTO SILVA FRANCO, citado por DAMÁSIO E. DE JESUS, em *Lei Antitóxicos Anotada*, 8ª edição, Editora Saraiva, 2005, ensina que "três são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os requisitos básicos: um vínculo associativo permanente para fins criminosos, uma predisposição comum para a prática de um série indeterminada de delitos e uma continua vinculação entres os associados para a concretização de um programa delinquencial". No mesmo sentido é o comentário de Guilherme de Souza Nucci ao artigo 35 da Lei 11.343/06, na obra "Leis Penais e Processuais Penais Comentadas", 4ª edição, Ed. RT, pág. 365, afirmando que deve estar comprovada a estabilidade e a permanência para a configuração do delito. No caso, os réus negaram a prática do delito e as testemunhas nada disseram para confirmar a existência de um vínculo associativo entre os acusados para a prática reiterada da mercancia ilícita de entorpecente no interior da penitenciária. Também não há outras provas em sentido contrário, de modo que os réus devem ser absolvidos dessa imputação."

Assim, não tendo a Corte *a quo* apresentado elementos concretos que demonstrem o vínculo associativo estável e permanente para a prática do delito de tráfico de drogas, a absolvição da paciente pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, nos termos exarados pelo Juízo sentenciante, é medida que se impõe.

No tocante ao delito de tráfico drogas, verifica-se que também assiste razão ao impetrante.

Da análise dos autos, verifica-se que o Juízo sentenciante, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou a pena-base do delito de tráfico no mínimo legal (5 anos), aumentando-a em 1/6, em razão do art. 40, III, da Lei de Drogas, e, após, fixou o redutor do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal, ficando a reprimenda definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão (e-STJ, fls. 136).

A Corte *a quo*, por sua vez, ao dar provimento ao apelo ministerial, procedeu à individualização da pena, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 207-210):

Destarte, apurada a materialidade através do auto de exibição e apreensão do tóxico (fls. 11/12), pelo laudo de constatação provisório (fls. 15/16), bem como pelo exame químico toxicológico (fls. 46/48), a par de delineada a autoria à exaustão diante de ambos os crimes, a condenação é a providência que se impõe, tendo o julgador singular fixado a pena-base no mínimo legal para o crime de tráfico com relação à denunciada Camila.

Cumpra observar que a quantidade de maconha trazida pela apelada (75,4g de maconha!) possibilitava aos agentes atingir maior número de usuários, de modo a disseminar o vício de forma intensa, contribuindo sobremaneira para perturbar a ordem e disciplina no interior do estabelecimento prisional e gerar insegurança aos próprios detentos e funcionários do presídio.

Tal quadro, como alvitrado pelo Ministério Público, exige a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ainda mais porque, como assentou o Colendo Superior Tribunal de Justiça, "*O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida 13 (treze) pedras de "crack"- justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3*" (STJ, 5ª T., HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje de 05-06-12).

Desta forma, em razão da circunstância judicial desfavorável em foco,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estipula-se a pena-base relativa ao tráfico em um sexto (1/6) acima do mínimo, vale dizer, cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, com multa no importe de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, como forma de se impor adequada reprovação à conduta, desencorajando condutas como aquela descrita na denúncia.

[...]

Na segunda fase da dosimetria, destaque-se que a acusada procurou afastar a responsabilidade do corréu, sendo, pois, parcial a confissão (Camila também não admitiu o vil comércio), de modo a impedir o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal (Júlio Fabbrini Mirabete, Código Penal Interpretado, 7ª ed., Atlas, 2011, nº 65. 7, pág. 353; STF, 2ª T., HC 77.134, rel. Min.

Maurício Corrêa, DJU, 16/10/98, pág. 7; RTJ, 83/322, 123/524 e 158/890; LexSTF, 223/284; RSTJ, 83/322; LexSTJ, 186/105 RJTACrimSP, 30/77, 31/84 e 33/56; RT, 608/301, 677/382 e 733/646; JTARS, 73/48; RDTJRJ, 41/392).

Por fim, na terceira fase, presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, III, da Lei de Drogas (como reconhecido em primeiro grau), as penas devem ser exasperadas de mais um sexto (1/6), de modo a resultar em seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão, mais seiscentos e oitenta (680) dias-multa em face do tráfico e quatro (4) anos e um (1) mês de reclusão, mais novecentos e cinquenta e dois (952) dias-multa diante da associação espúria com relação à ré Camila, bem como em quatro (4) anos, dois (2) meses e doze (12) dias de reclusão e novecentos e oitenta (980) dias-multa com relação ao acusado Fabrício, considerada a associação, unidade das pecuniárias no piso.

Sem notícia de outras causas modificadoras, em razão do concurso material de delitos (artigo 69 do Código Penal), somam-se as penas relativas à denunciada Camila, chegando-se ao “castigo” de dez (10) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão, com a pecuniária no importe de um mil, seiscentos e trinta e dois (1.632) dias-multa.

Incogitável o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, benefício incompatível com a associação e circunstâncias judiciais verificadas, como destacado pelo Ministério Público, sem se verificar a inconstitucionalidade cogitada pela acusação, porquanto regularmente estipulado o privilégio pelo legislador, como feito com relação ao furto, por exemplo, quando presentes os pressupostos legais.

E, na hipótese, tem-se que a denunciada não comprovou exercer função lícita, algo apto a confirmar ser a vil mercancia a “profissão” ou meio de vida dela, de modo a também obstaculizar o reconhecimento da minorante em foco, ainda mais em razão da quantidade de droga também incompatível com a benesse (STF, RHC 94.806/PR; STJ, HC 105.216/SP e HC 141.921/SP; TJESP, Apelação Criminal nº. 0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO).

“Como não tem outra atividade, a única conclusão a que se pode chegar é que se dedica costumeiramente à atividade criminoso de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir pertencer a organização criminoso que a abastece com a droga a ser comercializada” (TJESP, Apelação Criminal nº. 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador SOUZA NERY, julgado 14-4-2011).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no *quantum* aplicado.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. CULPABILIDADE, MOTIVAÇÃO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4. A exasperação da pena-base quanto à culpabilidade, à motivação do crime e às circunstâncias do crime, sem a apresentação de justificativa idônea, configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 1 ano e 9 meses e 10 dias de reclusão e 169 dias-multa, em regime inicial semiaberto."

(HC 174.628/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 3/12/2015).

In casu, verifica-se que o Tribunal de origem, considerando como favoráveis as demais circunstâncias judiciais, fixou a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão, pela quantidade da droga apreendida com a paciente (75,4g de maconha).

Entretanto, considerando que nenhuma outra circunstância judicial foi valorada negativamente, entendo que a exasperação da pena-base em 1/6 acima do mínimo legal mostra-se desproporcional, haja vista não ser elevada a quantidade de droga encontrada em poder da paciente, que possui menor potencial lesivo, 75,4 gramas de maconha, impondo-se o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CONDENAÇÃO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. GRANDE QUANTIDADE DE PROJÉTEIS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO EXPRESSIVA. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

(...)

3. A majoração da pena-base quanto ao delito de tráfico de drogas não se sustenta, tendo em vista que a quantidade de drogas encontradas em poder do paciente não é expressiva. Narra a exordial acusatória que foram apreendidos 17,6 g de maconha, acondicionados em 2 porções, quantidade esta que não pode ser considerada elevada a ponto de ensejar a fixação da pena-base acima do mínimo legalmente permitido.

(...)

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena imposta ao paciente pelo delito de tráfico de drogas para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, ficando a pena total de 4 anos e 8 meses de reclusão e 176 dias-multa."

(HC 311.896/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/05/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DELITO COMETIDO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA VALORADA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. DROGA POUCA PERNICIOSA E EM PEQUENA QUANTIDADE (85G DE MACONHA). AUMENTO DESPROPORCIONAL. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS E CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NO ARTIGO 40 DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. COMPATIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A circunstância de o delito ter ocorrido nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais já configura causa de aumento do tipo penal, não podendo ser utilizada para aumentar a pena base, sob pena de configurar *bis in idem*. Precedente.

3. Considerando o disposto no art. 59 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas, e tratando-se de pequena quantidade de droga de natureza pouco perniciosa (85 gramas de maconha), é desproporcional e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desarrazoado o aumento da pena-base, visto que não há outras circunstâncias desfavoráveis. Precedente.

4. Não há previsão legal para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando presentes causas de aumento previstas no art. 40 da Lei de Drogas, ainda mais quando cumpridos os requisitos legais para a incidência da minorante (primariedade, bons antecedentes, não exercer atividade criminosa e nem participar de organização criminosa).

5. Estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 20 dias de reclusão, sendo primária a agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a pequena quantidade de entorpecente apreendido (85g de maconha), nos termos do art. 33 do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

6. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, a paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, notadamente quando surpreendida na posse de quantidade não expressiva de entorpecente.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a pena da paciente para 2 anos e 20 dias de reclusão, e 200 dias-multa, para cumprimento inicial em regime aberto, convertendo a pena corporal em restritivas de direitos, a ser definida pelo Juízo da Execução. (HC 351.362/RS, Minha Relatoria, Quinta Turma, DJe 10/05/2016)

Na segunda fase da dosimetria, verifica-se que a Corte *a quo*, em que pese tenha reconhecido a confissão espontânea da paciente, deixou de aplicá-la, pois teria sido parcial, o que importaria no não reconhecimento da atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal.

Como cediço, esta Corte firmou entendimento no sentido de que deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, integrar o acervo probatório e fundamentar a condenação. (*vide*: HC 237.252/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 26/2/2014.)

Dessa forma, a paciente faria jus a aplicação da atenuante pela confissão espontânea, no entanto, na hipótese, tendo a pena-base sido redimensionada ao mínimo legal (5 anos), tornou-se inviável a sua incidência a teor da Súmula 231 do STJ, que estabelece que "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Quanto à causa especial de diminuição de pena, a teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, "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".

Nesse contexto, esta Corte firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Por fim, cabe salientar que, segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, o mencionado benefício legal tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

In casu, excluída a circunstância da condenação pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, observa-se que Tribunal de origem deixou de aplicar o redutor por entender que a quantidade de droga encontrada com a paciente e o fato de não comprovar ocupação lícita demonstra que se dedica ao tráfico de entorpecentes, não fazendo jus, portanto, ao privilégio em seu grau máximo.

Entretanto, levando em conta a primariedade da paciente, seus bons antecedentes, a ausência elementos concretos que indiquem que se dedique à criminalidade ou integre organização criminosa, entendo que a quantidade do entorpecente apreendido (75,4g de maconha), não se mostra elevada o suficiente para fundamentar o afastamento da benesse, sendo certo que o fato de não ter demonstrado que exerce ocupação lícita possui o condão de denotar, isoladamente, que se dedica a atividade criminosa.

Assim, considerando não ser expressiva a quantidade e a natureza da droga apreendida e não havendo outras circunstâncias que denotem que a paciente se dedique a atividade criminosa nem integre organização criminosa, associadas ao fato de ser primária e possuir bons antecedentes, entendo que a paciente faz jus à incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 2/3.

A propósito, cito os seguintes julgados:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PECULIARIDADES DO CASO. PRIMARIEDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÁXIMO LEGAL. REGIME ABERTO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do *writ* substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, QUINTA TURMA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, QUINTA TURMA, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, SEXTA TURMA, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, SEXTA TURMA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A expressiva quantidade de droga apreendida, aliada a outras



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias próprias do caso concreto, ora pode impedir a incidência da referida minorante - caso em que estará evidenciada a dedicação à atividade criminosa (precedentes), ora como fator que, embora não impeça a aplicação da causa de diminuição, será tomada como parâmetro para definir o *quantum* da redução da pena.

IV - *In casu*, a quantidade de droga apreendida, por si só, não se revela expressiva a ponto de impedir a incidência da minorante, ainda mais diante da inexistência de outras circunstâncias do caso concreto que autorizariam a conclusão de que o paciente dedica-se à atividade do tráfico.

V - Assim, tendo em vista que o paciente é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no percentual de 2/3 (dois terços), diante das circunstâncias do caso (dentre elas, a quantidade e natureza de droga apreendida: 16 invólucros de maconha), haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tal fator é relevante para a fixação da reprimenda, *ex vi* do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

VI - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07.

Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

VII - *In casu*, o paciente é primário, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico) à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e, com a redução de 2/3 (dois terços) em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, faz jus ao regime aberto de cumprimento de pena, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal.

VIII - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no percentual de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime aberto para início do cumprimento da pena, competindo ao d. juízo *a quo* examinar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal."

(HC 293.013/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA (10,30G DE COCAÍNA). PATAMAR MÁXIMO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal e apreendida pequena quantidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga (10,30 gramas de cocaína), legítima é a aplicação da minorante (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) pelo seu máximo, ou seja, dois terços. Precedentes.

2. No mais, o Agravante não traz argumentos robustos o bastante a fim de repelir os fundamentos da decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios termos.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 451.358/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014.)

Dessa forma, tendo sido afastadas as circunstâncias que agravaram a pena da paciente, bem como por ter sido absolvida pelo delito de associação para o tráfico de drogas, entendo que deve ser restabelecida a pena imposta à paciente pelo Juízo sentenciante, qual seja 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e o pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fl. 136).

Quanto ao regime prisional, releva salientar que, na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Assim, estabelecida a pena definitiva em 1 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o **regime aberto** é o cabível para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, valendo anotar que não é excessiva a quantidade de drogas apreendidas com a paciente (75,4g de maconha), o que reforça a inadequação da escolha do regime mais severo de cumprimento de pena e, por conseguinte, a manifesta a ilegalidade imposta à paciente.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO E NA QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO SE MOSTRA EXACERBADA. ILEGALIDADE. Ocorrência. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DETRAÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos. Precedentes.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado com base na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas e na quantidade de entorpecentes - 43,1 g de maconha e 11,3 g de cocaína - que não se mostra exacerbada.

5. Assim, tratando-se de paciente primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime inicial semiaberto.

6. O tema referente à possibilidade de detração da pena não foi enfrentado pela Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 334.208/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Por fim, pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade da agente, circunstâncias judiciais favoráveis e quantidade não significativa de droga apreendida), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo da execução, uma vez que transitada em julgada a condenação.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para restabelecer a sentença condenatória, de forma a absolver a paciente pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, fixar a pena-base no mínimo legal para o delito de tráfico e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar máximo, ficando a reprimenda final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais pagamento de 194 dias-multa, bem para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0112859-0

HC 355.047 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002150720128260470 0014177520168260000 1025582 14177520168260000
2014000219870 2150720128260470 802012

EM MESA

JULGADO: 01/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HELIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO : HÉLIO DA SILVA SANCHES - SP224750
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAMILA MESQUITA DE OLIVEIRA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.