



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.428 - SP (2012/0091123-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALEX CORREA DA GRAÇA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX CORREA DA GRAÇA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO AOS DOIS DELITOS. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICÁVEL A MINORANTE DO TRÁFICO A TIPO PENAL DIVERSO. PACIENTE QUE SEQUER FARIA JUS À BENESSE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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. Não se aplica a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei. Precedentes.

3. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido, eis que a benesse em testilha aplica-se, tão somente, aos delitos definidos no *caput* e no § 1º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, sendo inaplicável a minorante do tráfico para diverso tipo penal (associação para o tráfico).

4. Na espécie, o paciente sequer faria jus à referida causa especial de diminuição de pena, porquanto também condenado pelo delito de associação pra o tráfico, não preenchendo, portanto, os requisitos legais para a sua concessão.

5. *Writ* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 06 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.428 - SP (2012/0091123-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALEX CORREA DA GRAÇA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX CORREA DA GRAÇA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado por ALEX CORRÊA DA GRAÇA, em seu próprio favor, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 990.08.081858-9).

Depreende-se dos autos que o impetrante/paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 c.c o artigo 71, *caput*, do Código Penal, e art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, todos combinados com o art. 69, *caput*, do Código Penal, sendo aplicada ao delito de tráfico a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/5 (fl. 54).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal *a quo*, que negou provimento ao apelo, nos seguintes termos, no que interessa:

(...) o réu nem sequer fazia jus à redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois ficou demonstrado que o ele fazia da atividade criminosa seu meio de vida, tanto que mantinha sofisticada estrutura para venda de entorpecente. Contudo, não houve apelo da acusação e, por isso deve, ser mantida a sanção penal nos moldes estabelecidos na sentença.

(...)

Nestas circunstâncias, mantém-se a r. sentença lançada (...), por seus próprios e jurídicos fundamentos (fl. 64).

Impetrou, então, ordem de *habeas corpus* perante a Corte de origem, que não conheceu da impetração, *in verbis*:

HABEAS CORPUS - PROCESSO PENAL - DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ORDEM NÃO CONHECIDA.

Consoante os ditames do artigo 105, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de Tribunal sujeito à sua jurisdição.

Ordem não conhecida, com determinação de remessa ao Tribunal Superior (fl. 21).

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta o impetrante/paciente que, quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da dosimetria da pena "o Douto Juízo, embora expressa claramente a redução de 1/5 para cada crime, fixou de forma errônea apenas a redução de um só crime" (fl. 3).

Requer "seja sanado o constrangimento ilegal, fazendo valer a própria r. decisão condenatória em reduzir cada crime (que são dois)" (fl.3).

Foram prestadas informações às fls. 36/75.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Antônio Carlos Pessoa Lins, pela denegação da ordem (fls. 78/79).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.428 - SP (2012/0091123-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO AOS DOIS DELITOS. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICÁVEL A MINORANTE DO TRÁFICO A TIPO PENAL DIVERSO. PACIENTE QUE SEQUER FARIA JUS À BENESSE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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. Não se aplica a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei. Precedentes.

3. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido, eis que a benesse em testilha aplica-se, tão somente, aos delitos definidos no *caput* e no § 1º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, sendo inaplicável a minorante do tráfico para diverso tipo penal (associação para o tráfico).

4. Na espécie, o paciente sequer faria jus à referida causa especial de diminuição de pena, porquanto também condenado pelo delito de associação pra o tráfico, não preenchendo, portanto, os requisitos legais para a sua concessão.

5. *Writ* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa especial de diminuição de pena ao delito de associação para o tráfico, haja vista que o Juízo sentenciante teria aplicado o benefício, tão somente, quanto ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

In casu, observa-se que, após o julgamento do recurso de apelação, a Defesa formulou diretamente este *mandamus*. Não interpôs o recurso especial cabível.

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade, o que não se vislumbra na espécie.

Com efeito, dispõe o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, *in verbis*

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

(...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, **não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.**

A Lei nº 11.343/06, ao tempo em que conferiu tratamento mais rigoroso aos grandes traficantes e àqueles que se entregam com frequência ao tráfico de entorpecentes majorando as penas previstas na lei anterior, instituiu uma benignidade modulada em relação ao pequeno traficante que debuta na seara, com a previsão de causa especial de diminuição da pena, desde que cumulativamente preenchidos os requisitos legais.

Assim, não tem aplicação o benefício legal se o réu se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa, aí incluída a hipótese de condenação pelo delito de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35 da mesma lei, *verbis*:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei:

É que a *societas sceleris*, diferentemente das pessoas jurídicas legais, viceja e atua sob o signo da habitualidade, às esconsas, esgueirando-se pela penumbra da ilicitude (conferir a propósito, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *Quadrilha ou bando: crime habitual*. *Boletim IBCCRIM*, n. 185, p. 9-10, abr. 2008).

Assim, ambas as hipóteses pressupõem habitualidade e permanência, sendo, por isso, logicamente incompatível a redução da pena pelo crime de tráfico se o réu também foi condenado por associação para o tráfico.

Com efeito, sabendo-se que o legislador quis beneficiar o chamado 'traficante de primeira viagem', prevenindo iniquidades decorrentes da aplicação de reprimendas semelhantes às daqueles que fazem do tráfico 'meio de vida', resta efetivamente inviável a concessão da causa especial de diminuição de pena ao réu também condenado com base no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 porque evidenciados, em casos tais, a conduta voltada para o crime e o envolvimento permanente com o tráfico.

A propósito do tema, colhe-se na doutrina o seguinte:

(...)

Exige, ainda, a nova Lei que o agente não se dedique a atividades criminosas. Assim, deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e conduta voltada para o crime.

Por fim, não terá direito à diminuição o agente que integrar organização criminosa. Como a Lei não distinguiu, tanto faz se a organização criminosa é voltada para o tráfico de drogas ou apenas para outros ilícitos. Ambas impedirão a aplicação da causa de diminuição, pois o intuito da Lei é somente beneficiar o 'pequeno' traficante, que não possui conduta voltada para o crime e que não esteja envolvido 'definitivamente' com o tráfico.

A Lei evidentemente impede que o benefício seja aplicado ao agente condenado pelo crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35. Em primeiro lugar, porque o § 4º somente se refere aos crimes definidos no *caput* e no § 1º do art. 33. Além disso, se o réu também é processado pelo delito de associação, não se pode dizer que não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Ou seja, poderão ocorrer situações, entretanto, em que não estarão comprovados todos os elementos do tipo de associação para o tráfico, como quando é inviável identificar o coautor (recorde-se que o crime de associação de ver praticado por ao menos duas pessoas). Mesmo assim, poderá ser afastada a aplicação do art. 33, § 4º, desde que se demonstre por outros meios que o agente se dedicada a atividades criminosas ou integrava organização criminosa (...)

(Andrey Borges de Mendonça, Paulo Roberto Galvão de Carvalho, *Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Comentada artigo por artigo*, 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método. 2012; p. 122)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não é outro o posicionamento adotado no âmbito da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu que a condenação pelo delito tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 constitui circunstância hábil a denotar dedicação às atividades criminosas e integração à organização criminosa, de modo a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à minguada do preenchimento dos requisitos legais.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INVIABILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

(...)

4. A teor do entendimento desta Corte, a condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas evidencia a dedicação do Paciente à atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

5. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 247.868/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DO RECURSO ADEQUADO. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. ART. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). INVIABILIDADE. PACIENTE CONDENADO TAMBÉM POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. VIA INADEQUADA. REVOLVIMENTO DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA APREENDIDA (1,7 Kg).

(...)

2. O Tribunal de origem afastou a possibilidade de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, ao entender que, diante das circunstâncias concretas do crime, estava plenamente caracterizada a prática, também, do delito de associação para o tráfico de drogas pelo sentenciado, a inviabilizar a concessão da causa de diminuição pela ausência dos requisitos legais.

3. O pleito de absolvição referente ao delito previsto no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006 é incabível na espécie, porque demanda revolvimento de material fático-probatório, o que é sabidamente vedado na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

via estreita do habeas corpus, ação constitucional de rito célere e cognição sumária.

4. Está fundamentada a decisão que estabeleceu o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena em razão da grande quantidade de cocaína apreendida (1,7 kg).

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 232.667/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Na mesma senda, já decidi:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. RÉU TAMBÉM CONDENADO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. É inaplicável a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas tipificado no artigo 35 da mesma lei. Precedentes da Quinta Turma.

2. Recurso provido.

(REsp 1199671/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 06/03/2013).

In casu, não há constrangimento ilegal a ser sanado, eis que a benesse em testilha aplica-se, tão somente, aos delitos definidos no *caput* e no § 1º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, sendo inaplicável a minorante do tráfico para diverso tipo penal (associação para o tráfico).

Ademais, tal como destacou o Tribunal de origem, o paciente sequer faria jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, porquanto "ficou demonstrado que ele fazia da atividade criminosa seu meio de vida, tanto que mantinha sofisticada estrutura para venda de entorpecente" (fl. 64), restando também condenado pelo delito de associação pra o tráfico de drogas, não preenchendo, portanto, os requisitos legais para a sua concessão.

Ora, a aplicação da referida causa de redução de pena ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas foi mantida pela Corte de origem apenas em razão da inexistência de apelo ministerial.

Dessarte, tem-se que o *habeas corpus* substitutivo não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0091123-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 241.428 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 136949120078260066 20110000031271 2610393420118260000 990080818589

EM MESA

JULGADO: 06/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEX CORREA DA GRAÇA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ALEX CORREA DA GRAÇA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.