



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.656 - SP (2013/0247497-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CÉSAR AUGUSTO D'ANGELI AMADEI

EMENTA

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 ILEGALIDADE MANIFESTA. CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. COMPROVADA A ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS. 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. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DO *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. 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 há falar em ausência de fundamentação idônea para a condenação pelo delito de associação para o tráfico, haja vista que as instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos, que foi comprovada existência de associação estável e permanente para a prática do tráfico de drogas. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de *habeas corpus*.
3. 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.
4. 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. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 8 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
5. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, com base na gravidade concreta da empreitada criminosa, que envolveu mais de 1950



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprimidos de *ecstasy*, 2 micropontos de LSD, bem como a existência de uma "moderna e sofisticada plantação hidropônica de 'maconha'", não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. O *habeas corpus* não é via idônea à discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção.

7. *Habeas corpus* 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 do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de setembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.656 - SP (2013/0247497-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CÉSAR AUGUSTO D'ANGELI AMADEI

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CÉSAR AUGUSTO D'ANGELI AMADEI, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 9201143-72.2009.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa e de 4 anos de reclusão e 933 dias-multa, pela prática, respectivamente, dos delitos descritos nos art. 33, *caput* e 35, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/2006, em regime inicial fechado. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...)

A materialidade delitiva está consubstanciada no Auto de Exibição e Apreensão de fls. 26/31, 110 Laudo de Constatação Provisória de fls. 38 c no Laudo de Exame Químico Toxicológico de lis. 92, o qual resultou positivo para Cannabis Sativa L, vulgarmente conhecida como "maconha", metílenodioximetanfetamina, vulgarmente conhecida como "ecstasy", substâncias que, como se sabe, são capazes de causar dependência física ou psíquica. A materialidade ainda restou positivada no Laudo Pericial de fls. 343/357.

Quanto à destinação das substâncias entorpecentes apreendidas, a sua quantidade, natureza e a forma pela qual estavam embaladas, bem como cultivadas são suficientes para caracterizar o tráfico ilícito de substância entorpecente, não havendo necessidade de eletivo ato de mercancia.

No que concerne à autoria, examinaremos os vastos elementos de prova trazidos ao bojo dos autos.

(...)

Dos elementos de prova carreados ao bojo dos autos se infere que era significativo o retorno econômico proporcionado pelo vil comercio. Não se afigura lógico e plausível que um mero usuário de drogas despendesse tanto dinheiro para obter "maconha", que certamente seria obtida por preço módico em qualquer "boca de fumo".

Por seu turno, o réu César Augusto admitiu conhecer o co-réu Francisco, tendo negado que conhecia os demais réus. Declarou que é usuário de "cocaína" há mais de 7 anos e que consome, diariamente, 3 papелotes da mencionada substancia entorpecente. Negou que tivesse mantido qualquer conversa telefônica com os demais réus, bem como qualquer contato com estes através da Internet. Negou qualquer envolvimento com o comércio ilícito de substâncias entorpecentes. Não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

soube explicar porque motivo seu nome foi relacionado ao dos demais réus nas escutas telefônicas (fls. 466/474).

(...)

Ora, por que motivo os dois réus conversavam por meio de códigos, se comercializavam simples convites para festas "rave"? Por que motivo os detalhes sobre a venda deveriam ser tratados por telefone público e não pelo aparelho de telefonia celular? Por que motivo, nas escutas telefônicas, o réu Francisco comentou que poderiam vender qualquer coisa por meio do telefone celular, contanto que não comentassem o local, a hora e o lugar, para que se evitasse a prisão em flagrante? Por que a polícia prenderia meros vendedores de convites para festas "rave" em flagrante? Qual seria a figura típica? Resposta: não se tratavam de convites de festas "rave", mas de comércio ilegal de drogas. É o que demonstra à saciedade os elementos indiciários e de prova contidos nos presentes autos.

A tese exculpatória nem de longe esboçou respostas lógicas e admissíveis para tais questões. É impossível contestar o óbvio.

(...)

No mesmo diapasão o relato do Investigador de Polícia Augusto Donizete do Nascimento, que confirmou as palavras do colega de equipe. Ressaltou que, durante a prisão em flagrante dos réus Francisco e Diego, permaneceu em frente à casa do réu Harli, onde surpreendeu a ré Natalie chamando por este, sendo que a deteve. Sustentou que, em seguida, foi para o apartamento dela e do réu Diego, onde constatou o cultivo de pés de "maconha", dentro de uma estufa mantida no local. Disse que, pelo exame do computador do réu Diego, constatou-se a participação dos réus Gabriel, Milton e Francisco na empreitada criminosa. Revelou que o réu Francisco atuava como líder dos demais réus, pois era ele quem comprava a droga para distribuí-la, servindo-se de seus conhecimentos; que Harli era parceiro direto de Francisco; que César foi quem providenciou a aquisição da droga na cidade de São Paulo; que Gabriel a vendia na cidade de Jacareí, onde mora, sendo que adquiria o entorpecente do réu Francisco; que o réu Milton comprava o entorpecente de Diego; que Natalie era encarregada de guardar a droga cultivada em seu apartamento (fls. 636/648).

(...)

As transcrições das conversas telefônicas entre o réu César Augusto com pessoa não identificada, seguida de conversas com os acusados César Augusto e Francisco, demonstram que estavam tratando do comércio ilícito de drogas, inclusive no dia da prisão: observe-se que "Juninho" comentou que: "não está rolando, que até os homens o parou e que está em outro carro ...". Observe-se que o Delegado de Polícia Dr. Darci Ribeiro comentou que, na data da prisão, Policiais Militares abordaram o réu Francisco na posse de aproximadamente R\$ 15.000,00, motivo pelo qual o questionaram sobre o fato, tendo ele afirmado que o dinheiro se destinava à compra de um automóvel. Em face disso, o acusado Francisco foi liberado pelos Milicianos e seguiu para a cidade de São Paulo (fls. 891/895).

É cediço que "os homens" são os Milicianos que o abordaram naquele dia. É famoso esse jargão, que se encontra até em letras de músicas pop, ("Corre que lá vem os homens" - Rita Lee, em "Arrombou a Festa", referindo-se à Polícia).

Depreendo-se do diálogo entre os réus César Augusto e "Juninho", que o primeiro era o contato do segundo para as aquisições de drogas na cidade de São Paulo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

As teses defensivas são inverossímeis e fantasiosas, talvez aptas a ludibriar um infante ou um inculto, não um adulto.

(...)

As testemunhas ouvidas por iniciativa da Defesa não conseguiram infirmar a responsabilidade criminal dos réus.

(...)

Quanto ao réu César (Charlie), ao contrário do que alegou a Defensoria Pública, as interceptações telefônicas são aptas a fundamentar o édito condena tório, porque revelaram todo o esquema para aquisição e intermediação de aquisição de substâncias entorpecentes pelo réu na cidade de São Paulo, especialmente na data da prisão em flagrante de Francisco c Diego (fls. 891/895).

Com relação ao crime de associação para o tráfico ilícito de drogas, as provas também são esmagadoras, pois evidenciam a estabilidade e permanência dos associados.

Portanto, a mera negativa aposta pelos réus nas duas fases da perseguição criminal não convence, pois além de fantasiosa e inverossímil, restou totalmente contrariada pelo restante da prova.

A Defesa não conseguiu afastar a responsabilidade criminal dos réus, ônus que lhe competia, de acordo com os preceitos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Não se olvide que a prova técnica também os desprestigia, especialmente as escutas telefônicas.

A prova indireta, isto é, os indícios também assumem um extraordinário valor probante.

(...)

No caso concreto, a prova indiciaria não foi invalidada por contra indícios ou por qualquer outra prova.

Ademais, a prova circunstancial foi reforçada por provas diretas, entre elas os depoimentos das testemunhas arroladas pelo Ministério Público.

(...)

Comprovados os elementos constitutivos dos tipos delituosos imputados aos réus na denúncia, tornou-se imperativa a condenação.

Passo à dosimetria da reprimenda.

Atendendo aos critérios norteadores de aplicação da pena estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, fixo:

1. a pena-base do crime previsto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, em relação ao todos os réus, acima do mínimo previsto no preceito sancionador, majorando-a em 1/3, para fixá-la cm: 6 anos e 8 meses de reclusão, e 666 dias-multa, tendo cm vista a condição de traficantes de "ecstasy", substância altamente tóxica, que exige maior rigor no seu combate.

Como assentou o Dr. Promotor de Justiça, em seus memoriais, não se cuida de apreensão de pequena quantidade de droga, mas de 1950 comprimidos de "ecstasy", o que deve ser considerado para agravar a pena-base.

É inegável o elevado risco que o "ecstasy" acarreta na saúde pública.

Não se olvide que o artigo 42 da Lei nº 11.343/06 determina que o Juiz de Direito considere, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, entre outras circunstâncias.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na fixação da resposta penal, afora outros aspectos, é relevante a espécie e a quantidade da droga apreendida.

Observo que o acréscimo da pena, que em princípio seria de 1/2 em virtude da quantidade e natureza da droga, foi diminuído para 1/3, em função da primariedade dos agentes (fls. 07, 09, 10, 11, 12, 13 e 15 dos autos em apenso).

Tomo a pena-base em definitiva, em face da ausência de causas de aumento e diminuição.

(...)

3. a pena do crime previsto no artigo 35, "caput", da Lei nº 11.343/06, em relação a todos os réus acima do mínimo legal, aumentando-a em 1/3, para fixá-la em 4 anos de reclusão, e 933 dias-multa, tendo em vista o tráfico ilícito de "ecstasy", já considerada a primariedade dos agentes. Tudo como consta da fundamentação das penas anteriores.

Incabível a redução da pena mencionada no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois a primariedade dos réus já foi considerada na primeira fase da fixação da pena, como estabelece o artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais).

De acordo com o mencionado dispositivo legal há que se levar em conta também, na mesma fase da fixação da reprimenda, a conduta social dos réus, isto é, o papel que eles exercem na comunidade: e, no caso concreto, deve-se observar a condição de traficantes de "ecstasy", que exercem conduta deletéria no seio da comunidade.

Ademais, consta do § 4º do artigo 33 do supracitado dispositivo legal que as penas poderão ser reduzidas quando o agente "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Aparentemente, o legislador pátrio não atuou com a costumeira coerência e bom senso, porque que todo traficante se dedica às atividades criminosas, mormente em se considerando que ele conta com o auxílio de comparsas dentro da pirâmide do tráfico, tais como ocorreu no caso concreto.

Ante tais argumentos, não há como se negar que os réus se dedicavam às atividades criminosas (tráfico de "ecstasy", que acarreta elevado risco à saúde pública), o que afasta a possibilidade da redução pleiteada.

(...)

Sendo assim, deixo de diminuir a pena em razão da primariedade dos réus, como consignado.

Não se olvide que, no vertente caso, a pena foi majorada em função da natureza e quantidade da droga comercializada por eles, o que também impede sua fixação no mínimo legal.

(...)

Por imposição legal, os réus deverão iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Por derradeiro, observo que, de rigor, em casos de condenação por tráfico de entorpecente a imposição do regime inicial fechado, tendo em vista a presumida periculosidade de delinquentes do tipo.

Na hipótese dos autos, porém, há mais um motivo, uma vez que os fatos ocorreram sob a égide da lei nº 8.072/90, cujos dispositivos são claros quanto ao fato de que os condenados por tráfico ilícito de substância entorpecente têm que iniciar o cumprimento da pena em regime fechado (fls. 206/229).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para reduzir as penas do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, quanto ao delito de tráfico de drogas, e para 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, quanto à associação para o tráfico. Eis os termos do acórdão:

Relativamente ao tráfico e à associação para o tráfico, não há como absolver qualquer dos apelantes.

Apesar das suas negativas quando interrogados em juízo (fls. 422, 440, 454, 466, 475, 485 e 629), o restante da prova deixa indubitosa sua participação naqueles dois crimes.

Como dito acima, houve quatro meses de investigações policiais para apurar as atividades de um grupo de traficantes, um mês de interceptações telefônicas, autorizadas judicialmente e, a partir delas, chegou-se aos réus.

Exatamente em função daquelas interceptações foi possível prender em flagrante os réus Francisco, Diego, Natalie e Harli, sendo depois decretada a prisão dos demais.

Quanto presos em flagrante aqueles quatro réus acima referidos, Francisco e Diego tinham com eles um pacote contendo 1950 comprimidos de *ecstasy*, exatamente como se soube pelas interceptações telefônicas, sendo encontrada no apartamento do casal Diego e Natalie uma moderna e sofisticada plantação hidropônica de "maconha".

A degravação confirmadas e ratificadas em juízo pelo depoimento de um delegado de polícia e quatro investigadores (fls. 491, 507, 636, 649 e 657).

Fica-se portanto com um sólido quadro de provas evidenciando que os apelantes estavam de fato associados para a venda de *ecstasy* em festas (raves).

As conversações telefônicas deixaram claro que se tratava de um grupo que vinha agindo junto há bastante tempo, deixando inquestionável a estabilidade da associação.

A apreensão ficou registrada no auto de fls. 26/31 e os laudos periciais de fls. 92 e 343/357 atestaram que se tratava de drogas ilegais.

Correta pois a condenação de todos os apelantes pelos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico.

Cabe entretanto ligeira retificação nas penas.

Não me parece que havia motivo concreto para que as penas bases ficassem 1/3 (um terço) acima do mínimo legal pois se tratava de quantidade de comprimidos que não pode ser motivo para, isolada, autorizar tal rigor nessa etapa.

Por isso, fixo a pena-base para cada delito e para cada réu nos mínimos legais: 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa para o tráfico e 3 (três) anos e 700 (setecentos) dias-multa para a associação, com regime inicial fechado para as privativas de liberdade e valor unitário mínimo para as pecuniárias.

Não havendo outras causas de modificação, elas se tornam definitivas naqueles patamares.

Observo que a longa associação e a quantidade de comprimidos apreendidos desaconselham a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º., da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fica mantido o regime inicial fechado por se tratar de crime equiparado a hediondo e porque as circunstâncias do caso concreto evidenciam periculosidade que reclama rigor no início da execução.

As multas são pena e não podem ser afastadas por maiores que sejam.

Diante de todo o exposto, dou provimento parcial aos apelos dos réus Francisco Carlos Barreto Júnior, Diego Leonardo Borges, Natalie Kazumi Ikawa, Harli Siedler, César Augusto D Angeli Amadei, Gabriel Hector Mera Martinez e Milton Fábio Mauad Júnior para absolver Diego e Natalie quanto ao crime do artigo 33, § 1º, II, da Lei de Drogas, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, e reduzir as penas de todos os réus para 5 (cinco) anos de reclusão (regime inicial fechado) e 500 (quinhentos) dias-multa para o tráfico e 3 (três) anos de reclusão (regime inicial fechado) e 700 (setecentos) dias-multa para a associação para o tráfico, reconhecido o concurso material entre os delitos. Comunique-se, expedindo-se mandados de prisão após o trânsito em julgado das condenações (fls. 174/177).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, *in verbis*:

O acórdão analisou com profundidade a prova dos autos para concluir pela condenação.

Se a Defesa entende que a solução deveria ter sido outra, a questão deve ser levada a uma instância superior, pois não se trata de questão cabível num pedido de declaração.

O acórdão fez justificativa expressa para deixar de aplicar o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Logo, não existe omissão ou contradição a ser aqui suprida.

Em consequência, rejeito os embargos declaratórios interpostos pelos réus Natalie Kazumi Ikawa e César Augusto D Angeli Amadei. Comunique-se.

No presente *mandamus*, alega a impetrante que o paciente deve ser absolvido do delito previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, haja vista que "não ficou comprovado o ajuste prévio entre os agentes, tampouco a prática reiterada da infração penal" (fl. 2).

Sustenta que o paciente faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto é primário e não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa.

Destaca que não há provas nos autos de que o paciente fazia do tráfico seu meio de vida.

Defende, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, "principalmente após a Resolução nº 5 de 2012, do Senado Federal que suspendeu a execução de parte do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 que proibia a substituição" (fl. 6).

Invoca os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Afirma que "sendo aplicado o benefício do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é de rigor a fixação de regime mais brando" (fl. 12).

Alega, ainda, a inconstitucionalidade da multa penal cominada *in abstracto* pela Lei n.º 11.343/06.

Requer, liminarmente e no mérito, a absolvição do paciente pelo delito de associação para o tráfico, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, bem como seja fixado regime inicial menos severo para o cumprimento da reprimenda. Pugna, ainda, seja declarada, de forma incidental, a inconstitucionalidade dos valores de pena de multa cominados pelos arts. 33, *caput*, e § 1º, 34, 35 e 37 da Lei n.º 11.343/06, aplicando o artigo 49 do Código Penal.

A liminar foi indeferida às fls. 184/188.

Foram prestadas informações às fls. 198/241.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Eliane Menezes de Farias, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 244/250).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.656 - SP (2013/0247497-7)

EMENTA

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 ILEGALIDADE MANIFESTA. CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. COMPROVADA A ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS. 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. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DO *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. 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 há falar em ausência de fundamentação idônea para a condenação pelo delito de associação para o tráfico, haja vista que as instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos, que foi comprovada existência de associação estável e permanente para a prática do tráfico de drogas. Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de *habeas corpus*.
3. 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.
4. 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. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 8 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
5. Devidamente fundamentada imposição do regime inicial fechado, com base na gravidade concreta da empreitada criminosa, que envolveu mais de 1950 comprimidos de *ecstasy*, 2 micropontos de LSD, bem como a existência de uma "moderna e sofisticada plantação hidropônica de 'maconha'", não há constrangimento ilegal a ser sanado.
6. O *habeas corpus* não é via idônea à discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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 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)

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.

No tocante à alegação de ausência de fundamentação idônea para a condenação quanto ao delito previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006, razão não assiste à impetrante, uma vez que as instâncias de origem concluíram, com base em elementos concretos, que foi comprovada a associação estável e permanente para a prática do tráfico de drogas.

Confira-se, a propósito, excerto do aresto guerreado:

Fica-se portanto com um sólido quadro de provas evidenciando que os apelantes estavam de fato associados para a venda de ecstasy em festas (raves).

As conversações telefônicas deixaram claro que se tratava de um grupo que vinha agindo junto há bastante tempo, deixando inquestionável a estabilidade da associação (fl. 175).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para se chegar a conclusão diversa seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. No mesmo sentido, já decidi:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL.

IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE PARA A PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTES QUE SE DEDICAVAM À NARCOTRAFICÂNCIA E INTEGRAVAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (COMANDO VERMELHO). AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. 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 há falar em ausência de fundamentação idônea para a condenação pelo delito de associação para o tráfico, haja vista que o Tribunal de origem concluiu, com base em elementos concretos, que foi comprovada a existência de associação estável e de caráter permanente para a prática do tráfico de drogas, salientando emergir dos autos "a certeza de que ambos os apelantes/apelados dedicavam-se às atividades delituosas de vender substância entorpecente e a de manter em depósito substância entorpecente, integrando a facção criminosa COMANDO VERMELHO". Para se chegar a conclusão diversa seria necessário o exame do conjunto-fático probatório, providência incabível em sede de habeas corpus.

3. 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. Na espécie, tendo a reprimenda final dos pacientes alcançado 6 anos e 4 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

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

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 219.238/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Quanto à possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, melhor sorte não socorre à impetrante.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n.º 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, 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

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)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 deliberei:

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, não há constrangimento ilegal a ser sanado, pois o paciente foi também condenado pelo delito de associação para o tráfico, não preenchendo, portanto, os requisitos legais para a concessão do benefício em testilha.

No mais, mister esclarecer que tanto a estipulação do regime inicial fechado – contida no § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, que fora alterado pela Lei n.º 11.464/07 – quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – prevista no artigo 44, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 – foram superadas pelo Pretório Excelso em decisões recentes. A esse respeito, confira-se o teor do Informativo n.º 569 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis* :

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta – 3 anos –, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só que a pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c), mas, também, a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º, segunda parte). HC 101291/SP, Rel. Min. Eros Grau, 24.11.2009. (HC-101291)

O citado *writ* possui esta ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO EM LEI. DIREITO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCEÇÃO À SÚMULA 691.

Tráfico de entorpecentes. Fixação da pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena fixada em quantidade que permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos ou o início do cumprimento da pena no regime aberto. Imposição, não obstante, de regime fechado. Constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida. (HC n.º 101.291/SP; Relator(a): Ministro Eros Grau; Julgamento: 24/11/2009; Segunda Turma; DJe-027 - 12-02-2010)

Dessarte, a Sexta Turma desta Corte adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010), bem como a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 1º de setembro de 2010, se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pronunciou sobre a matéria, no HC n.º 97.256, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, prevalecendo, por 6 votos a 4, o entendimento aqui expendido, no sentido de ser inconstitucional o dispositivo da Lei n.º 11.343/2006 que veda a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém sublinhar, ainda, que o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Magna Carta, editou, em 15.2.2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de excerto da Lei n.º 11.343/06 referente à expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" - contida no § 4º, do art. 33, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos supra mencionado HC n.º 97.256. Confira-se:

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre-se, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27.6.2012, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07. Confira-se:

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que *"a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado"*. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado." (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Assim, restaram superadas pela Suprema Corte a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes.

Constata-se, entretanto, que não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A título ilustrativo, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 8 anos de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. Se a pena-base imposta ao paciente já foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, falta interesse de agir à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetrante no tocante ao pedido de redução da pena-base ao piso previsto em lei.

2. Não há que se falar em substituição da pena, pois, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, somente faz jus a esse benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o que não se verificou no presente caso.

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC 186.978/ES, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 11/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, inexiste, agora, qualquer empecilho legal quanto à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que acusado atenda os requisitos legais.

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

3. Não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delineadores do crime de tráfico de entorpecentes, não podem servir de fundamento na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vez que já considerados na escala da pena prevista em lei.

5. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente Andréia de Paula Melo.

(HC 53.397/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 279)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, tenho que a imposição do regime fechado foi devidamente fundamentada, porquanto calcada na gravidade concreta da empreitada criminosa, que envolveu mais de 1950 comprimidos de *ecstasy*, 2 micropontos de LSD, bem como a existência de uma "moderna e sofisticada plantação hidropônica de 'maconha'" (fls. 32 e 174/175).

Nesse diapasão, a Corte de origem entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias concretas do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papélotes de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INCABÍVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado. Precedentes.

2. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça já firmaram entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime diverso do fechado nos crimes de tráfico, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto.

4. Com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando-se a vedação legal à substituição de pena, devendo a análise dos requisitos para a obtenção da conversão da pena se dar nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. A negativa de abrandamento do regime inicial e o indeferimento do benefício da substituição da pena estão justificados em elementos concretos, tendo em vista a quantidade e qualidade dos entorpecentes expostos à comercialização - 20 eppendorfs de cocaína e 29 porções de crack -, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 255.661/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012)

Quanto à pretensão de declaração de inconstitucionalidade dos "valores de pena de multa cominados pelos arts. 33, *caput* e § 1º, 34, 35 e 37 da Lei 11.343/2006", impende destacar que o *habeas corpus* não é via idônea à discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa, ante a ausência de ameaça/violação à liberdade de locomoção, porquanto a sanção pecuniária, acaso seja descumprida, não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, a teor do art. 51 do Código Penal. Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA DE MULTA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AMEAÇA À LIBERDADE DO PACIENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. O habeas corpus não se presta para a análise de questões que não digam respeito a eventual violação à liberdade de locomoção do indivíduo. Assim, a via eleita não se mostra adequada à apreciação da alegada inconstitucionalidade da pena de multa prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, visto que a sanção pecuniária, mesmo se descumprida, não poderá ser convertida em privativa de liberdade. Precedentes do STJ.

2. De outra parte, segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que as instâncias ordinárias entenderam que ele integra organização criminosa.

4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ e do STF.

5. Embora a pena corporal não alcance 8 (oito) anos de reclusão, a natureza e a quantidade de entorpecentes apreendidos - friso: 3.578 g (três mil, quinhentos e setenta e oito gramas) de cocaína - justificam a adoção de regime prisional mais gravoso.

6. Em decorrência do indeferimento do pedido de aplicação da referida minorante, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

7. Não há como assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, quando a sentença anota persistirem, na espécie, os requisitos da prisão preventiva e a impetrante sequer apresenta, no presente writ, a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória.

8. De se ver que o réu permaneceu preso durante todo o curso do processo e que sua custódia ocorreu quando tentava embarcar para a Dubai, nos Emirados Árabes, com grande quantidade de cocaína, circunstância que está a evidenciar a sua periculosidade social.

9. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 176.403/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, POR SI SÓ, IMPEDE SUA APLICAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 04 ANOS DE RECLUSÃO. PENA DE MULTA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO.

1. Na hipótese, o Paciente não preenche os requisitos para aplicação da minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006. A apreensão de grande quantidade de entorpecente (235 pedras de crack e 77 trouxinhas de maconha) evidencia que se trata de pessoa dedicada à criminalidade ou integrante de organização criminoso, o que impede a redução de pena pretendida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Segundo entendimento desta Corte, quando não aplicada a causa de diminuição inserta no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, é obrigatória a fixação de regime prisional inicial fechado aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, se cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007.

3. Fixada a pena em tempo superior a 4 anos, como na hipótese, não se pode invocar o direito à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos (art. 44, inciso I, do Código Penal).

4. "A via do habeas corpus não se presta para a discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa mínima cominada abstratamente ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que, em relação a essa matéria, não há nenhum risco à liberdade de locomoção do paciente, já que a pena pecuniária, acaso descumprida, não poderá ser convertida em sanção privativa de liberdade, nos termos do art. 51 do Código Penal" (HC 162.313/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 09/11/2011).

5. Ordem parcialmente conhecida e, no mais, denegada.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO.

1. Inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ao condenado expressamente reconhecido como reincidente.

2. Não caracteriza bis in idem a utilização da reincidência tanto na segunda fase da dosimetria, como circunstância agravante, quanto na terceira, para negar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, visto que se trata de efeitos diversos do instituto jurídico da reincidência, sopesados em momentos distintos da aplicação da pena e com finalidades diversas, objetivando a aplicação da reprimenda que se mostre a mais adequada e suficiente para a prevenção e reprovação do delito perpetrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A via do habeas corpus não se presta para a discussão acerca da alegada inconstitucionalidade da pena de multa mínima cominada abstratamente ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que, em relação a essa matéria, não há nenhum risco à liberdade de locomoção do paciente, já que a pena pecuniária, acaso descumprida, não poderá ser convertida em sanção privativa de liberdade, nos termos do art. 51 do Código Penal.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC 162.313/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 09/11/2011)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0247497-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 274.656 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2122006 24612006 92011437220098260000 990090192046

EM MESA

JULGADO: 16/09/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CÉSAR AUGUSTO D'ANGELI AMADEI
CORRÉU	: FRANCISCO CARLOS BARRETO JUNIOR
CORRÉU	: DIEGO LEONARDO BORGES
CORRÉU	: NATALIE KAZUMI IKAWA
CORRÉU	: HARLI SIEDLER
CORRÉU	: GABRIEL HECTOR MERA MARTINES
CORRÉU	: MILTON FÁBIO MAUAD JUNIOR

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 do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.