



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.207 - ES (2014/0299710-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : BENEDITO OLIVEIRA NASCIMENTO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. CONCURSO DE AGENTES. LEGALIDADE.

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 de droga justificam a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado no patamar máximo.
4. O concurso de agentes justifica a fixação de regime inicial fechado para o cumprimento de pena.
5. *Habeas corpus* não conhecido, cassando-se a liminar concedida.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer da ordem, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de abril de 2015 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.207 - ES (2014/0299710-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : BENEDITO OLIVEIRA NASCIMENTO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de Benedito Oliveira Nascimento, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo - TJES, que deu parcial provimento ao seu recurso de apelação, apenas para absolver os recorrentes do crime de associação para o tráfico.

Sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal decorrente de (a) não ter sido aplicada a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e (b) de ter sido fixado regime inicial fechado para o cumprimento de pena.

Deferida a liminar, prestadas as informações e ouvido o Ministério Público Federal, vieram os autos conclusos.

Em consulta realizada em 27/3/2015, ao site do Tribunal *a quo* (www.tjes.jus.br), o paciente encontra-se cumprindo pena em regime semiaberto (proc. n. 0008620-15.2013.8.08.0012).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.207 - ES (2014/0299710-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Sobre as questões em análise, o acórdão assim dispôs (fls. 48/59):

“[...] Como tese defensiva, faz-se necessário adentrar no pleito condizente à absolvição, seja em uma, ou em ambas as condutas delitivas nas quais foram inseridos os recorrentes, a saber, artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/06.

Necessário registrar, em um plano prefacial, que em razão das condutas condizentes ao tráfico (artigo 33) e associação para o tráfico (artigo 35) presentes na lei antidrogas em grande parte das vezes encontrarem-se entrelaçadas, o cotejo conjugado das provas - como far-se-á a seguir - acaba por retirar quaisquer dúvidas quanto à subsunção ou não dos fatos descritos na denúncia em cada um dos crimes em destaque.

Pois bem. Facilmente perceptível, ao meu sentir, a demonstração da materialidade do crime de tráfico por meio do Auto de Apreensão, acostado às fls. 33/34, onde consta a apreensão de:

- 1. 26 (vinte e seis) pedras de crack, embaladas individualmente em sacolas plásticas transparentes;*
- 2. 2 (duas) buchas pequenas de maconha, embaladas individualmente em sacolas transparentes*
- 3. Vários 'pinos' de plástico com resquícios de substâncias químicas, comumente utilizadas para armazenar drogas;*
- 4. Um revólver calibre 38, marca Taurus, nº 2093674, com capacidade para seis munições;*
- 5. Uma pistola calibre 38, marca Taurus, nº KVO51835, com carregador;*
- 6. Um revólver calibre 38, marca Taurus, nº NL119126, com capacidade para seis munições;*
- 7. 44 (quarenta e quatro) munições calibre 38, sendo 42 (quarenta e duas) intactas e 02 (duas) picotadas – Esse valor provavelmente se refere ao*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

total de munições que estavam no interior de todas as armas encontradas;

8. Diversos aparelhos de telefone celular, chip e câmera fotográfica;

9. Uma tesoura utilizada para cortar as pedras;

10. Uma lâmina metálica utilizada para separar a droga;

11. Diversas sacolas de chup-chup, utilizadas para embalar a droga;

12. R\$ 576,00 (quinhentos e setenta e seis reais).

Necessário ainda mencionar o Laudo de Exame Químico, às fls. 146/147, dando positivo para cocaína, crack e maconha.

Por outro lado, no que diz respeito à autoria, mister tecer alguns comentários decorrentes da análise fática advinda dos autos.

As declarações dos Policiais Militares, que realizaram a busca na casa dos acusados JÚLIO CÉSAR e ROBSON, são firmes no sentido de configurar a autoria dos crimes antes apontados, senão vejamos:

[...]

Parece-me evidente, após a análise dos depoimentos prestados pelas testemunhas, juntamente ao Auto de Apreensão, haver a subsunção da conduta dos recorrentes nas sanções do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Com efeito, a prática do crime de tráfico de entorpecentes, ao que se deduz, encontra-se demonstrada ao longo dos autos, daí ser impossível acolher a tese defensiva trazida nas razões de recurso ora em destaque, qual seja, a absolutória da conduta de tráfico de drogas.

Contudo, no que tange à autoria do crime de associação para o tráfico de drogas, o delito em debate encontra-se tipificado no art. 35, da Lei 11.343/06, cujo texto legal está assim disposto:

[...]

In casu, as provas colhidas no decorrer da instrução indicam apenas que os acusados foram presos em flagrante delito por estarem em uma casa na posse das substâncias entorpecentes descritas na denúncia, mas nada comprova que eles estavam associados de forma permanente para a realização conjunta do comércio ilícito de entorpecentes.

Portanto, não restando comprovado nos autos o ânimo de associação estável e permanente entre os apelantes, não pode prosperar a condenação pelo crime definido no artigo 35 da Lei Antidrogas, devendo ser reformada sentença neste ponto.

[...]

Todos os apelantes pleiteiam a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 1º, da Lei 11.343/06, sob o argumento comum de que preenchem os requisitos legais para tanto.

Creio também não ser plausível o seu reconhecimento.

Explico. É sabido que a referida causa de diminuição da pena, para ser aplicada, deve preencher os seguintes requisitos: (I) ser primário; (II) possuir bons antecedentes; (III) não se dedicar as atividades criminosas; (IV)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não integrar organização criminosa.

Conforme exaustivamente constatado, os réus, embora não estejam associados, se dedicam às atividades criminosas, impeditivo este expresso e cabal no seio da norma em discussão.

[...]

Fixo como regime inicial de cumprimento de pena o regime fechado. Isto porque, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal.

Nesse vereda, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, não se deve levar em consideração apenas critérios objetivos do quantum da pena, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontra a menção dos antecedentes do agente e às circunstâncias do crime.

No caso, a imposição do regime inicial fechado de cumprimento da pena decorre da peculiaridade do caso concreto, uma vez que o requerente se associou a dois outros acusados para a prática de tráfico de drogas.

Além disso, em consulta ao SIEP (Sistema de Execução Penal), disponível no sítio eletrônico deste Eg. Tribunal de Justiça, é possível verificar que o recorrente ostenta condenação nos autos do processo n. 0008620.15.2013.8.08.0012 - guia nº 146203 (trânsito em julgado em 19/01/2012) pela prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico e art. 14 da Lei n. 10826/03.

Portanto, se conclui pela necessidade de tratamento mais rigoroso à conduta praticada, estando, assim, justificada a imposição de regime mais severo do que o previsto na alínea 'b' do § 2º do art. 33 do Código Penal.[...].”

Como é consabido, via de regra, 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. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Ao que se tem dos autos, o Tribunal *a quo* justificou a não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 em virtude de ter sido constatado que o réu, embora não estivesse associado aos corréus, se dedicava às atividades criminosas, descrevendo logo acima no acórdão, que foi apreendida, além de armas de fogo e de apetrechos relacionados ao tráfico de drogas, grande quantidade de crack – 26 (*vinte e seis*) pedras (fl. 48), droga que possui alto poder viciante, bem como maconha e cocaína,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação que justifica a não incidência da minorante. Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1325910/SP – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 11/4/2014; AgRg no AREsp n. 441689/CE – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – DJe 26/3/2014; HC n. 245.236/GO – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 11/09/2013.

Por outro lado, embora o Tribunal *a quo* tenha feito, por equívoco, referência ao processo de execução penal n. 0008620.15.2013.8.08.0012 como condenação anterior, a fixação do regime inicial fechado não se baseou apenas na gravidade abstrata do delito e na previsão do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, mas decorreu da existência de circunstância do caso concreto, qual seja, a de o paciente ter praticado o delito de tráfico de drogas com *dois outros acusados* (fl. 60), fundamentação apta a justificar a fixação de regime prisional mais rigoroso, não havendo, no caso, ofensa ao princípio da individualização da pena. A esse respeito: AgRg no HC n. 283.019/RS – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 24/02/2015; HC n. 297.644/GO – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 13/10/2014.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, cassando a liminar concedida.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo de Primeiro Grau, com cópia do presente acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0299710-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 309.207 / ES

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 012111287574 01287579420118080012 12111287574 1287579420118080012

EM MESA

JULGADO: 16/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: BENEDITO OLIVEIRA NASCIMENTO (PRESO)
CORRÉU	: FELIPE DEODORO DE ALMEIDA
CORRÉU	: ROBSON NUNES DA SILVA
CORRÉU	: JULIO CESAR CORREA

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 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, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.