



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.205 - AC (2010/0185935-3)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
IMPETRANTE : **PAULO MARZOLA NETO E OUTRO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE**
PACIENTE : **ARILSON MENDES DE OLIVEIRA**

EMENTA

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. LEI Nº 6.368/1976. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DA PENA. LEI NOVA. "ABOLITIO CRIMINIS". OCORRÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. TESE EM TORNO DE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA NÃO EXAMINADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFIGURAÇÃO. "HABEAS CORPUS" NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE DE OFÍCIO.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso de "habeas corpus" e não mais o admitem como substitutivo de recurso e nem sequer para as revisões criminais.

2. Impõe-se, diante da previsão contida no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, o reconhecimento da "abolitio criminis" no tocante à causa de aumento de pena prevista no art. 18, inciso III, primeira parte, da Lei nº 6.368/1976, por não contemplar a Lei nº 11.343/2006 associação eventual para o tráfico como majorante. Precedentes.

3. De acordo com o entendimento pacificado nesta Corte, a matéria objeto de irresignação não pode vir a ser suscitada apenas no "writ" aqui manejado, fazendo-se necessário o prévio exame da instância ordinária, sob pena de indevida supressão de um dos graus de jurisdição.

4. "Habeas corpus" não conhecido. Ordem concedida em parte e de ofício para afastar a aplicação da causa especial de aumento da pena prevista no art. 18, inciso III, primeira parte, da Lei nº 6.368/1976, com a redução da reprimenda do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do pedido e conceder parcialmente *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de março de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO MOURA RIBEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.205 - AC (2010/0185935-3)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
IMPETRANTE : PAULO MARZOLA NETO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : ARILSON MENDES DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal impetrado em favor de ARILSON MENDES DE OLIVEIRA, condenado a uma pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pela prática dos crimes descritos no art. 12 (tráfico), c/c o art. 18, inciso III (associação eventual para o tráfico), primeira parte, da Lei nº 6.368/1976, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Acre que negou provimento ao seu recurso de apelação e manteve a sentença condenatória.

Os impetrantes afirmam que o paciente sofre constrangimento ilegal porque **(a)** a nova lei de drogas não trouxe em seu conteúdo norma semelhante à causa especial de aumento da pena prevista no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/1976, o que caracteriza *abolitio criminis*, devendo ser decotado da reprimenda o aumento de 1/3 (um terço); **(b)** a sentença considerou a circunstância judicial dos maus antecedentes e a agravante da reincidência sem a comprovação do trânsito em julgado de outra condenação; e, **(c)** é aplicável a causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o que possibilitará a concessão de regime prisional menos gravoso ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida pelo antigo relator Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, Desembargador convocado do TJ/AP (fls. 369/371).

Recebi as informações (fls. 379/406).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 410/412).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.205 - AC (2010/0185935-3)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
IMPETRANTE : PAULO MARZOLA NETO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : ARILSON MENDES DE OLIVEIRA

EMENTA

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. LEI Nº 6.368/1976. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DA PENA. LEI NOVA. "ABOLITIO CRIMINIS". OCORRÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. TESE EM TORNO DE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA NÃO EXAMINADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFIGURAÇÃO. "HABEAS CORPUS" NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE DE OFÍCIO.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso de "habeas corpus" e não mais o admitem como substitutivo de recurso e nem sequer para as revisões criminais.

2. Impõe-se, diante da previsão contida no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, o reconhecimento da "abolitio criminis" no tocante à causa de aumento de pena prevista no art. 18, inciso III, primeira parte, da Lei nº 6.368/1976, por não contemplar a Lei nº 11.343/2006 associação eventual para o tráfico como majorante. Precedentes.

3. De acordo com o entendimento pacificado nesta Corte, a matéria objeto de irresignação não pode vir a ser suscitada apenas no "writ" aqui manejado, fazendo-se necessário o prévio exame da instância ordinária, sob pena de indevida supressão de um dos graus de jurisdição.

4. "Habeas corpus" não conhecido. Ordem concedida em parte e de ofício para afastar a aplicação da causa especial de aumento da pena prevista no art. 18, inciso III, primeira parte, da Lei nº 6.368/1976, com a redução da reprimenda do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.205 - AC (2010/0185935-3)

RELATOR : MINISTRO MOURA RIBEIRO
IMPETRANTE : PAULO MARZOLA NETO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : ARILSON MENDES DE OLIVEIRA

VOTO

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

É o caso de concessão da ordem de ofício.

A impetração afirma que a nova lei de drogas (Lei nº 11.343/2006) não possui nenhum dispositivo legal que se assemelhe ao art. 18, inciso III, primeira parte, da revogada Lei nº 6.368/1976, razão pela qual postula a exclusão da causa de aumento da pena incluída na sentença, por ter se operado a *abolitio criminis*.

De fato, a Lei nº 11.343/2006 não contemplou a associação eventual de agentes como majorante para o crime de tráfico, o que enseja o reconhecimento da figura da *abolitio criminis* e o afastamento da aplicação do art. 18, inciso III, primeira parte, da Lei nº 6.368/1976, haja visto o disposto no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que confere aplicação retroativa e imediata para a lei posterior que de qualquer modo favoreça o agente. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Egrégia Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES (ART. 18, III, DA LEI 6.368/76). CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ABOLITIO CRIMINIS. (3) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. TEMA NÃO AGITADO/ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO INVIABILIDADE. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

[...]

3. Imprescindível o reconhecimento do *abolitio criminis* no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tocante à causa de aumento de pena previsto no art. 18, III, da Lei 11.343/06, primeira parte, diante do disposto na nova Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), a qual não contempla o concurso eventual de agentes como majorante.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a aplicação do art. 18, III, da Lei n.º 6.368/76, reduzindo as penas da paciente para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais 48 (quarenta e oito) dias-multa, para cada um dos crimes (arts. 12 e 14 da Lei n.º 6.368/76), totalizando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 96 (noventa e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão" (HC nº 202.760/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado aos 26/11/2013, DJe de 12/12/2013).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.464/2007. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. PENA ABAIXO DE 04 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. ENUNCIADO DA SÚMULA 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. ART. 18, INCISO III, DA LEI N.º 6.368/76. MAJORANTE NÃO PREVISTA PELA LEI N.º 11.343/06. ABOLITIO CRIMINIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Verificado que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/2007 - que estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do quantum de pena aplicado -, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. A Lei n.º 11.343/06, ao definir novos crimes e penas, não previu a incidência de majorante na hipótese de associação eventual para a prática dos delitos nela previstos. Logo, diante da abolitio criminis trazida pela nova lei, impõe-se retirar da condenação do Paciente a causa especial de aumento do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76.

6. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente. Habeas corpus concedido, de ofício, para excluir da condenação o aumento da pena pela aplicação do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/1976, e readequar a reprimenda nos termos do voto" (HC nº 195.931/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado aos 6/9/2011, DJe de 27/9/2011).

"HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 5 ANOS DE RECLUSÃO, AUMENTADA EM 1/3 PELA INCIDÊNCIA DO ART. 18, III DA LEI 6.368/76 (ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO). SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.343/06. ABOLITIO CRIMINIS. APLICAÇÃO RETROATIVA. PRECEDENTES DO STJ. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE ELEVADA PELA QUANTIDADE DA DROGA (1 KG. DE MACONHA) E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA EXCLUIR DA CONDENAÇÃO O ACRÉSCIMO DECORRENTE DA INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 18, III DA LEI 6.368/76 (ASSOCIAÇÃO EVENTUAL).

1. A Lei 11.343/2006 (nova Lei de Drogas) operou verdadeira abolitio criminis, não mais prevendo a associação eventual para o tráfico como causa de aumento de pena. Assim, verificada a novatio legis in mellius, é de ser afastada a aplicação, na hipótese, do art. 18, III da Lei 6.368/76. Precedentes do STJ.

2. Ausente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal foi devidamente justificadas pelo Julgador, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis e acentuada culpabilidade do agente.

3. *Com efeito, a elevada quantidade de droga apreendida, 1 kg de maconha, justifica a elevação da pena-base.*

4. *Ordem parcialmente concedida, em conformidade com o parecer ministerial, apenas para excluir da condenação o acréscimo referente à majorante do art. 18, III da Lei 6.368/76" (HC nº 195.697/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado aos 12/4/2011, DJe de 20/5/2011).*

Não obstante a existência de precedente do Supremo Tribunal Federal (HC nº 117.737/SP, relatora a Ministra ROSA WEBER), no sentido de que cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas, entendo que, no caso, devo proceder agora o redimensionamento a reprimenda em razão da ocorrência da *abolitio criminis* acima destacada, porque a sentença condenatória transitou em julgado aos 12/9/2005 (fl. 356) e os elementos dos autos indicam que ainda não se iniciou a execução da pena em relação ao paciente, que foi preso aos 15/1/2014, em outra unidade da federação (fl. 435). Caso estivesse cumprindo a pena por essa ação penal ela já estaria extinta.

Isso posto, afasto o aumento de 20 (vinte) meses na pena feita pelo Juízo sentenciante, relativo ao art. 18, inciso III, primeira parte, da Lei nº 6.368/1976, de modo que a pena definitiva do paciente ficará em 6 (seis) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 160 (cento e sessenta dias-multa), mantidos os demais termos da sentença.

De outra parte, as teses de que a pena-base foi majorada indevidamente sem que existisse nos autos certidão comprovando antecedentes criminais do paciente e de aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não foram discutidas pelo Tribunal de origem, de modo que a matéria não pode ser conhecida na via eleita, sob pena de indevida supressão de instância. Prejudicado, então, o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a matéria objeto de irresignação não pode vir a ser suscitada apenas no *writ* aqui manejado, fazendo-se necessário o prévio exame da instância ordinária, sob pena de incorrer em supressão de instância. Nesse sentido, destaco, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO JUIZ NA SENTENÇA. NULIDADE NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUSCITADA NA INSTÂNCIA A QUO. PRECLUSÃO. DECRETO CONDENATÓRIO ASSINADO DIGITALMENTE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1. Não cabe a esta Corte conhecer habeas corpus no qual se objetiva o reconhecimento de nulidade por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato que, além de preclusa, não foi sequer aventada nas instâncias ordinárias, sob pena de vedada supressão de instância.

2. **"Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição." (HC 123687/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe de 29/11/2010.)**

3. De todo modo, descabido alegar nulidade da condenação pela ausência da assinatura do Juiz sentenciante, quando a cópia da sentença condenatória, juntada pela Defensoria Pública Impetrante, esclarece que o documento foi assinado digitalmente.

4. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

5. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada na conduta social e nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentença condenatória transitada em julgado pela prática do mesmo crime, que não foi utilizada para configurar a reincidência.

6. **Ordem parcialmente conhecida e denegada"** (HC 168.037/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado aos 20/9/2011, DJe de 4/10/2011).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"DOSIMETRIA. PENA-BASE. AVENTADA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL. APONTADA ILEGALIDADE NA ESCOLHA DO MODO FECHADO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a análise, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, das apontadas ilegalidades referentes à fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto e à escolha do regime prisional fechado para o cumprimento da reprimenda, tendo em vista que essas questões não foram apreciadas pela instância de origem, até porque não levantadas nas razões de apelação, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

[...] " (HC 175127/ES, relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 13/09/2011).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. INVIABILIDADE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 2. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL. TEMA NÃO SUBMETIDO OU APRECIADO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. A questão aqui deduzida relativa a dosimetria da pena não foi submetida ou apreciada pelo Tribunal a quo, circunstância que impede a manifestação desta Corte Superior sobre o tema, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC nº 181.382/MS, relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 22.3.2012).

O fato de a condenação ter sido confirmada pelo Tribunal a quo não supre a necessidade de debate das teses para submissão a esta Egrégia Corte Superior de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça. A defesa do paciente poderia ter se insurgido contra a dosimetria da pena na apelação e não o fez. A matéria agora trazida deve ser discutida na instância ordinária por meio da revisão criminal, mecanismo processual adequado.

Por todo o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para afastar a aplicação da causa especial de aumento da pena prevista no art. 18, inciso III, primeira parte, da Lei nº 6.368/1976, reduzindo a reprimenda do paciente para 6 (seis) anos e 7 (sete) meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0185935-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 187.205 / AC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1040261264

20050006942

EM MESA

JULGADO: 20/03/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: PAULO MARZOLA NETO E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE	: ARILSON MENDES DE OLIVEIRA
CORRÉU	: VALCIR DAMÁZIO
CORRÉU	: WELLYNGTON MOREIRA
CORRÉU	: GILBERTO RIBEIRO DE SOUZA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.