



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.165 - SP (2012/0081588-3)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REINALDO DE OLIVEIRA PACHECO (PRESO)
PACIENTE : LEO JAIME GRACIANO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 33 E 35 DA LEI N.º 11.343/06. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DOS PACIENTES POR ATIPICIDADE DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS INAPLICÁVEL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. DESCABIMENTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO.

1. Os Pacientes foram condenados à pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/06. Foi apreendido em poder da associação, para difusão ilícita, 131 porções de cocaína, 154 porções de crack, 153 invólucros de maconha.

2. Acolher a tese defensiva de que os condenados não possuíam *animus* associativo, com o fim específico de traficar drogas, para absolvê-los da condenação como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, incabível na via do *habeas corpus*, mormente quando as instâncias ordinárias afastaram esse argumento com fundamentação coerente.

3. Do mesmo modo, inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, os Pacientes não preenchem os requisitos legais, tendo em vista se dedicarem à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, rever a conclusão exarada pela instância ordinária.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

6. As instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis aos réus as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixaram a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

7. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que os Pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 21 de maio de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.165 - SP (2012/0081588-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REINALDO DE OLIVEIRA PACHECO (PRESO)
PACIENTE : LEO JAIME GRACIANO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de REINALDO DE OLIVEIRA PACHECO e LEO JAIME GRACIANO DA SILVA, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"Processo penal. Prova. Testemunhos de policiais. Os relatos de policiais têm eficácia probatória, preponderando sobre as palavras isoladas do réu, quando seguros, insuspeitos e estiverem em harmonia com o restante da prova.

Tóxicos. Crime de associação para o tráfico. Com o advento da nova Lei de Tóxicos, para a tipificação do crime de associação para o tráfico (art. 35) basta o simples concurso eventual de agentes, não mais se exigindo a estabilidade ou permanência da reunião.

Condenação de primeira instância mantida." (fl. 242)

Narram os autos que os ora Pacientes foram condenados como incursos nos arts. 33 e 35, c.c. 40, inciso VI, todos da Lei n.º 11.343/06, em concurso material, às penas de 11 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignados, apelaram buscando a absolvição por falta de provas.

A Corte paulista deu parcial provimento aos recursos para afastar a incidência do art. 40, inciso VI, da Nova Lei de Tóxicos, reduzir as penas impostas aos sentenciados para 10 anos de reclusão, e fixar o regime inicial fechado, com base na regra geral do art. 33 Código Penal Brasileiro, para o desconto da pena de prisão imposta pela prática do crime de associação para o tráfico, mantida, no mais, a r. sentença condenatória.

Defende o Impetrante, em suma, nulidade do acórdão impugnado, *"por ausência de apreciação de todas as teses de defesa; a absolvição por atipicidade do delito de associação; a aplicação do redutor previsto no art. 33, parágrafo 4º, em seu patamar máximo (2/3), e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo fixado o regime aberto como inicial ao cumprimento da pena" (fl. 02).

Afirma que a quantidade de droga e o fato de os Pacientes serem presos juntos, em conluio com um adolescente, não é suficiente para concluir pela associação ou para negar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas.

Busca, assim, liminarmente, a concessão de alvará de soltura aos condenados.

No mérito, requer a anulação do acórdão, para absolver os réus do delito de associação para o tráfico e para aplicar a minorante do crime de tráfico no patamar máximo, com fixação do regime aberto e substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 102/103.

As judiciosas informações foram prestadas às fls.111/304, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 308/312, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 240.165 - SP (2012/0081588-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 33 E 35 DA LEI N.º 11.343/06. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DOS PACIENTES POR ATIPICIDADE DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS INAPLICÁVEL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. DESCABIMENTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO.

1. Os Pacientes foram condenados à pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incursos nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/06. Foi apreendido em poder da associação, para difusão ilícita, 131 porções de cocaína, 154 porções de crack, 153 invólucros de maconha.

2. Acolher a tese defensiva de que os condenados não possuíam *animus* associativo, com o fim específico de traficar drogas, para absolvê-los da condenação como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, incabível na via do *habeas corpus*, mormente quando as instâncias ordinárias afastaram esse argumento com fundamentação coerente.

3. Do mesmo modo, inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, os Pacientes não preenchem os requisitos legais, tendo em vista se dedicarem à atividade criminosa. E, não é possível, na estreita via do *habeas corpus*, rever a conclusão exarada pela instância ordinária.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

5. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

6. As instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis aos réus as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixaram a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

7. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que os Pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente conhecida e denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Narram os autos que os Pacientes foram denunciados como incurso como incurso nos arts. 33 e 35, c.c. 40, inciso VI, todos da Lei n.º 11.343/06, em concurso material, porque teriam se associado a um menor infrator para atividade criminosa de tráfico de drogas. Foi apreendido em poder da associação, para posterior difusão ilícita, um total de 131 porções de cocaína, 154 porções de crack, 153 invólucros de maconha, bem como duas cápsulas e um projétil calibre 380.

O MM Juiz da 4.^a Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP julgou procedente a denúncia, condenando os Pacientes às penas de 11 anos e 08 meses de reclusão, em regime integral fechado.

A Corte paulista deu parcial provimento aos recursos para afastar a incidência do art. 40, inciso VI, da Nova Lei de Tóxicos, reduzir as penas impostas aos sentenciados para 10 anos de reclusão, e fixar o regime inicial fechado, com base na regra geral do art. 33 Código Penal Brasileiro, para o desconto da pena de prisão imposta pela prática do crime de associação para o tráfico, mantida, no mais, a r. sentença condenatória.

Pois bem.

De início, ressalto que é inviável acolher a tese defensiva de que os condenados não possuíam *animus* associativo, com o fim específico de traficar drogas, para absolvê-los da condenação como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, mormente quando as instâncias ordinárias afastaram esse argumento com fundamentação coerente.

O *habeas corpus* não pode, como se fosse um recurso de apelação, analisar a arguida inocência do acusado ou a pretensa falta de provas da materialidade e autoria do crime para efeito da condenação, uma vez que descabida na via eleita ampla dilação probatória. A propósito, os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. DESCCLASSIFICAÇÃO PARA CONCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Para a eventual desclassificação da conduta de extorsão mediante seqüestro para concussão, bem como para a pretensa absolvição do paciente das imputações de tráfico ilícito de entorpecentes e roubo circunstanciado, necessário seria o exame de questões que, para seu deslinde, demandam aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento.

2. Dessa forma, inviável é a utilização do habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, marcado por cognição sumária e rito célere, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, o que não se verifica na espécie.

3. Ordem denegada." (HC 47.749/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 05/11/2007.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA.

Tendo a r. sentença penal condenatória e o v. acórdão reprochado demonstrado de forma exaustiva a autoria do delito imputado à paciente, não se evidenciando, prima facie, qualquer fato que demonstre não ter sido essa a autora dos delitos que lhe foram imputados, não há que se falar em absolvição por ausência de provas para a condenação. Entender de forma contrária, no presente caso, exigiria necessariamente cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus. (Precedentes).

Writ denegado." (HC 33.945/MS, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 28/06/2004.)

De fato, como ressaltou o Impetrante, o acórdão impugnado contrariou a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça quanto à configuração do crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, reconhecendo a desnecessidade do ânimo associativo permanente para concluir pela condenação dos Pacientes.

Como se vê, *litteris*:

"Em relação ao crime de associação para o tráfico, a prova também incrimina os acusados.

No mínimo, o tráfico ilícito de drogas era praticado em concurso eventual de pessoas, o que já basta, no meu entender, para a tipificação do crime, consoante julgado abaixo transcrito desta C. Câmara, da lavra do eminente Desembargador Ubiratan de Arruda:

Respeitados entendimentos em contrário, tenho por inaplicáveis os dispositivos da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, isto porque a conduta descrita no artigo 18, inciso III, da Lei 6.368/76, associação eventual, passou a ter tratamento mais rigoroso na novel lei.

Assim, não há falar-se em abolitio criminis ou novatio legis in mellius diante do teor do artigo 35, da Lei 11.343/06, que, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrário do sustentado pelos nobres causídicos, passou a considerar crime a conduta de “Associarem-se duas ou mais pessoas para fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34, desta Lei:”, ou seja, ao suprimir a “associação” como ajuste para cometer um delito determinado, como causa de aumento, mas, manter a cláusula “reiteradamente ou não”, incluiu aí, como crime, qualquer associação, mesmo a eventual do artigo 18, inciso III, da lei revogada, que, por mais benéfica aos réus, deve ser mantida.

Assim sendo, a nova lei de tóxicos passou a dar tratamento mais severo a conduta de “associarem-se duas ou mais pessoas”, considerada crime, incluída nessa expressão, a simples associação, antes causa de aumento.

Portanto, não vejo como aplicar o artigo 2º, do Código Penal na espécie, pois a Lei 11.343/06, passou a considerar crime todas as formas de “associação”, mesmo aquela tida por eventual, causa de aumento na lei anterior. (Apelação nº 10950263/1)” (fls.)

Ao contrário do que concebe o acórdão de apelação impugnado, para “a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei n.º 11.343/2006.” (HC 166.979/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012)

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. ILEGALIDADE MANIFESTA VERIFICADA APENAS EM PARTE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM EX OFFICIO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. VARIEDADE E GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS (HAXIXE, MACONHA, COCAÍNA E CRACK). MAIS DE 27 QUILOS NO TOTAL. MANUTENÇÃO DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INEXISTÊNCIA DE ÂNIMO ASSOCIATIVO PERMANENTE. RECONHECIMENTO DISSO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DIVERGÊNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE SOBRE O TEMA.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível.

2. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

3. "O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).

4. Hipótese em que há, quanto a um fundamento, flagrante ilegalidade a ser reconhecida.

5. Apreendidos mais de 27 quilos de diversas drogas (haxixe, maconha, cocaína e crack), não há falar em alteração da pena-base, em sede de habeas corpus e nem de ilegalidade pela não aplicação da causa especial de diminuição para o tráfico.

6. Reconhecido pelo acórdão atacado que não há ânimo associativo permanente (duradouro), mas apenas esporádico (eventual), a condenação ratificada no Tribunal de origem, quanto ao crime do art. 35 da Lei nº 11.343/2006, é ilegal, ante a atipicidade da conduta.

7. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, ex officio, apenas para cassar a condenação pelo delito de associação para o tráfico." (HC 139942/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2012, DJe 26/11/2012 - grifei.)

No caso dos autos, entretanto, restou comprovado que a associação era estável e permanente, como bem destacou a sentença condenatória, *in verbis*:

"[...] reconhece-se, para os dois réus, o crime de associação para a prática do narcotráfico, provado nos autos que eles dois estavam associados para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de narcotráfico ora sob luzes.

Destaque-se, desde logo, que não há que se cogitar de estabilidade para o reconhecimento do presente crime, mesmo porque o advérbio de modo, "reiteradamente", seguido da conjunção alternativa "ou", que é seguida pelo advérbio de negação "não", formam expressão que, para um bom entendedor da Língua Portuguesa, permite que se afirme que a associação reclamada deve ser reconhecida independentemente de ter havido, de ter surgido para fins de contínuo praticar de crime de narcotráfico, bastando que duas ou mais pessoas tenham se associado, ainda que para uma prática isolada de crime de narcotráfico, para que incida o art. 35, "caput", da Lei de Tóxicos. Entendimento outro, com o devido respeito, tornaria sem sentido a presença da conjunção alternativa "ou", seguida, como é, do advérbio de negação "não".

De outra banda, acresce-se que a associação para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de narcotráfico, não reclama qualquer espécie de habitualidade ou de estabilidade, sob pena de tornar sem qualquer sentido a conjunção alternativa ou, que se vê seguida do advérbio de negação não. É completamente equivocado o entendimento contrário, de que só se caracterizaria o crime em tela mercê de ânimo associativo duradouro e permanente, o que não conciliaria, justamente, a expressão reiteradamente ou não, afinal, haveria ânimo associativo, duradouro e permanente, para a prática reiterada mas não para aquela derivada da conjunção alternativa. Ademais, "Concurso de Crimes: viabilidade. Se o agente cometer o delito previsto no art. 33 (antigo art. 12 da Lei nº 6.368/76) ou no art. 34 (antigo art. 13 da Lei nº 6.368/76) desta Lei, dever responder por este crime em concurso material com a figura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

típica do art. 35, que é autônoma." (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, 2008), obra esta da autoria do Ilustre Juiz de Direito Paulista **Guilherme de Souza Nucci**.

Mas no caso presente, ainda que se reclamasse, por hipótese, de uma maior estabilidade entre os réus, para que se pudesse reconhecer, como se reconhece, o crime associativo, mister que as provas dos autos permitiriam, como permitem, essa é a conclusão, não se pode negar, a afirmação de que havia e há estabilidade entre os dois réus.

No caso presente, como informaram, em Juízo, as testemunhas arroladas pela acusação, policiais militares Sebastião Gomes e Marco Aurélio, os dois réus, bem como o adolescente Evandro Bandeira, além da ré, que não será atingida pela presente sentença, confessaram para eles que praticavam, todos os quatro, o crime de na rcot ráf co , delatando-se, como se viu, reciprocamente. Ressalta-se o fato de o réu Reinaldo de Oliveira ter sido flagrado, pelos agentes da lei, entregando uma sacola, para o réu Leo Jaime, no interior da qual foram encontradas substâncias entorpecentes, o que os vincula, decisivamente, pelo meio associativo, à prática criminosa narcotraficante, o que depois eles confessariam, junto com a namorada do réu Reinaldo de Oliveira e com o adolescente Evandro Bandeira.

Pelo que acima se analisou, então, ao que se pode acrescer as circunstâncias das apreensões das substâncias entorpecentes, bem como a multiplicidade dos seus tipos e as respectivas quantidades, não há como se afastar a ocorrência do crime previsto no art. 35 da Lei Especial de que se trata." (fls. 159/160)

Logo, embora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tenha desprovido o recurso de apelação defensivo contrariando a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a condenação dos Pacientes foi mantida sem qualquer irregularidade aferível na angusta via eleita.

De outra banda, afirma o Impetrante que os Pacientes fazem jus à redução da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo, com a consequente fixação do regime menos gravoso e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No ponto, a sentença condenatória assim se manifestou:

*"Não se faz sensível o art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, porque embora os réus sejam primários e não tenham antecedentes criminais, **está provado que eles se dedicam a atividades criminosas e integram organização criminosa**, afinal, estavam associados com o adolescente, tendo sido condenados pela prática do crime associativo, o que evidencia, a mais não poder, que participavam de uma organização criminosa, a qual formavam. De outro lado, o fato de terem em suas posses tão variadas e alentadas quantidades de substâncias entorpecentes, a olhos vistos, inviabiliza a concessão do favor legal, porque revela, necessariamente, que eram pessoas vinculadas com o crime de narcotráfico anterior ao que*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

praticavam, não sendo os produtores da cocaína e da maconha mas sim os últimos elos na cadeia de distribuição, encarregados da disseminação, propriamente dita, das substâncias entorpecentes, o que lhes dá envolvimento com crimes de narcotráfico antecedentes." (fl. 163)

Ora, são requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 3.º da Lei n.º 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Na hipótese, inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado pelo acórdão de apelação impugnado, os Pacientes não preenchem os requisitos legais, tendo em vista se dedicarem à atividade criminosa.

Ressalte-se não ser possível afastar o entendimento exarado pela instância ordinária, soberana em matéria de prova, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA N.º 231/STJ. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. REINCENTE ESPECÍFICO. TRANSNACIONALIDADE VERIFICADA. PACIENTE DETIDO NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS/SP PRESTES A EMBARCAR PARA A ÁFRICA DO SUL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDOS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Na hipótese, a pena-base do delito imputado ao Paciente foi fixada acima do mínimo legal também, porque as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas, no caso concreto, desfavoráveis ao Apenado.

3. "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."(Súmula 231 desta Corte)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 em seu grau máximo de redução (2/3), igualmente, não deve ser acolhido, pois o Paciente é reincidente específico.

5. Quanto à transnacionalidade do tráfico, o entendimento firmado neste Superior Tribunal é no sentido de que, para sua caracterização, basta apenas que a operação vise a difusão da droga no exterior, com sua apreensão ainda no aeroporto, antes do efetivo embarque.

6. O Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, quer porque a pena definitiva foi fixada acima de 04 (quatro) anos de reclusão, quer porque reincidente específico no crime de tráfico internacional de entorpecentes.

7. Evidenciado o trânsito em julgado da ação penal, resta prejudicado o pleito de recorrer em liberdade.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada." (HC 123.699/SP, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 22/11/2010.)

Quanto à pretendida a fixação do regime semiaberto, é certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Confira-se a ementa do julgado:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 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 nº 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 nº 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.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 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."

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena, inserto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal, porquanto cabe ao Magistrado individualizar a irrestritamente a reprimenda do condenado, conforme o caso concreto. No ponto, cumpre transcrever os fundamentos do voto do Ministro Relator, DIAS TOFFOLI, *in verbis*:

"No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07. (negrito nosso)"

Sendo assim, consoante orientação da Corte Suprema, independentemente do caráter hediondo do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

No caso, o acórdão impugnado, proferido em sede de apelação, manteve a fixação da pena-base acima o mínimo legal efetuada pela sentença condenatória, a qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, aduzindo:

"Os réus tinham uma quantidade razoável de droga em seu poder, o que evidencia dolo anormal, a justificar plenamente a majoração da pena-base, que fica mantida tal como fixada em primeira instância." (fl. 247)

Como se vê, as instâncias ordinárias, fundamentadamente, consideraram desfavoráveis aos réus as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual fixaram a pena-base acima do mínimo legal, logo, cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

Por fim, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a medida não se mostra adequada, uma vez que os Pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE E DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0081588-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 240.165 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50090289102 5294282420108260000 6272009 990105294286

EM MESA

JULGADO: 21/05/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: REINALDO DE OLIVEIRA PACHECO (PRESO)
PACIENTE	: LEO JAIME GRACIANO DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: LUCIMAR CELESTE MARQUES

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.