



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.844 - GO (2012/0148550-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ALESSANDRO LISBOA PEREIRA E OUTROS
ADVOGADO : ALESSANDRO LISBOA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : MARIA INEZ PIRES

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. MERA ATUAÇÃO EM COMUM NA PRÁTICA DE UM DELITO. AUSÊNCIA DE ANIMUS ASSOCIATIVO. ATIPICIDADE RECONHECIDA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS, FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Paciente condenada, em sede de apelação, como incurso no arts. 33 e 35, c.c. 40, inciso III, todos da Lei n.º 11.343/06, à pena de 09 anos e 04 meses de reclusão, no regime inicial fechado, porque, no dia 23 de outubro de 2008, foi presa em flagrante delito por pagar à corré para entregar uma porção de maconha, com massa de 78,67 g, a seu irmão detento, dentro do Presídio.

2. O acórdão impugnado entendeu pela desnecessidade do ânimo associativo permanente, reconhecendo que a associação para a prática de um crime seria suficiente para condenar a acusada como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06. Entretanto, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, para configuração do tipo de associação para o tráfico, necessário estabilidade e permanência na associação criminosa. Atipicidade reconhecida.

3. Reconhecida a atipicidade da conduta de associação eventual para o tráfico de drogas, o édito condenatório perdeu seu único argumento para negar à Paciente a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, considerou o acórdão impetrado que a condenada, ora Paciente, não preenche os requisitos legais para a concessão da benesse por integrar associação criminosa.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, pela Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar se o condenado preenche ou não os requisitos para a obtenção da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para cassar a condenação no tocante ao crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 e determinar que o Eg. Tribunal de Justiça *a quo* proceda ao exame do preenchimento ou não dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos necessários à concessão da minorante no prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e, conseqüentemente, do regime adequado de cumprimento de pena e da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Por se encontrar em idêntica situação processual, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos do julgado à corré LUCELINE DA SILVA PAIVA.

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, conceder parcialmente a ordem, com extensão à corré Luceline da Silva Paiva, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. 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 248.844 - GO (2012/0148550-7)

IMPETRANTE : ALESSANDRO LISBOA PEREIRA E OUTROS
ADVOGADO : ALESSANDRO LISBOA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : MARIA INEZ PIRES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARIA INEZ PIRES, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado:

"APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA. CONDENAÇÃO. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. I - Delação policial, convergente com depoimentos colhidos em Juízo, conduz à solução jurisdicional condenatória, pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado pelo art. 33, da Lei nº 11.343/06, emprestando a necessária certeza do comportamento delituoso da processada, determinando que terceira pessoa ingressasse em unidade prisional levando consigo substância entorpecente, para ser entregue a detento, suficiente à resposta penal desfavorável. II - O estabelecimento de vínculo associativo entre as processadas, para o crime de tráfico de drogas no ambiente prisional, ainda que tenha efetivado apenas uma prática, quando flagradas, configura o delito do art. 35, da Lei nº 11.343/06, pela manifestação de reiteração do comportamento criminoso, a revelar vontade destinada à conduta visada, pelo ajuste prévio. III - Comprovado, nos autos, que a processada integra associação criminosa, voltada para o crime de tráfico de drogas, inclusive atuando no ambiente prisional, não merece o benefício de redução de pena, previsto pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, posto que desatendido requisito de não compor organização delitiva. PRIMEIRO APELO PROVIDO. SEGUNDO APELO DESPROVIDO." (fls. 87/88)

Narram os autos que a ora Paciente foi denunciada como incurso no arts. 33 e 35, c.c. 40, inciso III, todos da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 23 de outubro de 2008, foi presa em flagrante delito enquanto aguardava em um veículo ciclomotor a corré, a quem teria pago a quantia de R\$ 100,00 para entregar uma porção de maconha, com massa de 78,67 g dentro do Presídio da Comarca, ao seu irmão detento.

O MM Juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente a denúncia, absolvendo a Paciente e condenando a corré apenas nas sanções do crime de tráfico de drogas.

Irresignado, o Ministério Público goiano apelou, buscando a condenação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paciente nos termos da denúncia.

O recurso acusatório foi provido, sendo a Paciente condenada como incurso no arts. 33 e 35, c.c. 40, inciso III, todos da Lei n.º 11.343/06, à pena de 09 anos e 04 meses de reclusão, no regime inicial fechado.

O Impetrante requer, liminarmente e no mérito, a absolvição da Paciente pelo crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da referida lei e, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido, pela Presidência desta Corte, nos termos da decisão de fl. 181.

As judiciosas informações foram prestadas às fls.190/205.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 209/213, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.844 - GO (2012/0148550-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 33 E 35 DA LEI N.º 11.343/06. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. MERA ATUAÇÃO EM COMUM NA PRÁTICA DE UM DELITO. AUSÊNCIA DE *ANIMUS* ASSOCIATIVO. ATIPICIDADE RECONHECIDA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS, FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Paciente condenada, em sede de apelação, como incurso no arts. 33 e 35, c.c. 40, inciso III, todos da Lei n.º 11.343/06, à pena de 09 anos e 04 meses de reclusão, no regime inicial fechado, porque, no dia 23 de outubro de 2008, foi presa em flagrante delito por pagar à corré para entregar uma porção de maconha, com massa de 78,67 g, a seu irmão detento, dentro do Presídio.

2. O acórdão impugnado entendeu pela desnecessidade do ânimo associativo permanente, reconhecendo que a associação para a prática de um crime seria suficiente para condenar a acusada como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06. Entretanto, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, para configuração do tipo de associação para o tráfico, necessário estabilidade e permanência na associação criminosa. Atipicidade reconhecida.

3. Reconhecida a atipicidade da conduta de associação eventual para o tráfico de drogas, o édito condenatório perdeu seu único argumento para negar à Paciente a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, considerou o acórdão impetrado que a condenada, ora Paciente, não preenche os requisitos legais para a concessão da benesse por integrar associação criminosa.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, pela Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, deve o Juízo competente analisar se o condenado preenche ou não os requisitos para a obtenção da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal.

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para cassar a condenação no tocante ao crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 e determinar que o Eg. Tribunal de Justiça *a quo* proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão da minorante no prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e, conseqüentemente, do regime adequado de cumprimento de pena e da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Por se encontrar em idêntica situação processual, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos do julgado à corré LUCELINE DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SILVA PAIVA.

VOTO

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

De início, ressalto que 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.

Afinal, o *habeas corpus* não comporta o exame da pretensão de negativa de autoria, sob mera alegação de contrariedade ao conjunto probatório dos autos, mormente se as instâncias ordinárias, após proceder minucioso exame das provas produzidas na instrução criminal, vislumbraram elementos probatórios coerentes e válidos a ensejar a condenação.

De toda forma, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, ao prover o recurso de apelação acusatório, condenou a Paciente nas sanções do delito de associação para o tráfico de drogas com a seguinte fundamentação, *litteris*:

"Concernente ao delito de associação para o tráfico de drogas, tipificado pelo art. 35, da Lei nº 11.343/06, a prova dos autos expõe a necessária demonstração do estabelecimento de vínculo estável entres as processadas, admitindo que elas, para proceder ao fornecimento de drogas a detento, irmão da processada Maria Inez Pires, pactuaram essa formação, mediante comando de uma delas, responsável pelo pagamento daquela que executa a atividade delitiva.

*A convergência ocasional entre duas pessoas para o crime de tráfico de drogas, sem revelar vínculo duradouro entre elas, configura concurso ocasional de agentes, do art. 29, do Código Penal Brasileiro, não constituindo a figura criminosa da associação para o tráfico, que reclama **animus** associativo, para o modelo do art. 35, da Lei nº 11.343/06.*

[...]

O estabelecimento de vínculo associativo entre as processadas, para o crime de tráfico de drogas no ambiente prisional, ainda que tenha efetivado apenas uma prática, quando flagradas, configura o delito do art. 35, da Lei nº 11.343/06, pela manifestação de reiteração do comportamento criminoso, a revelar vontade destinada à conduta visada, pelo ajuste prévio.

Veja-se, in verbis:

"O crime de associação, como figura autônoma, há de ser conceituado em seus estreitos limites definidores. Jamais a simples co-autoria, ocasional, transitória, esporádica, eventual, configuraria o crime de associação. Para este é mister inequívoca demonstração de que a legação estabelecida entre A e B tenha sido assentada com esse exato objetivo de sociedade espúria para fins



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de tráfico, ainda que este lance final não se concretize, mas sempre impregnada desse específica vinculação psicológica, de se dar vazão ao elemento finalístico da infração” (Vicente Greco Filho, Lei de Drogas Anotada, Saraiva, p. 120).” (fls. 198/199)

Como se vê, no caso dos autos, não restou comprovado nos autos que a associação entre as corrés era permanente, ao contrário, o acórdão impugnado entendeu pela desnecessidade do ânimo associativo, reconhecendo que a associação para a prática de um crime seria suficiente para condenar a acusada como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06.

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)

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior e do Superior Tribunal de Justiça, o art. 14 da Lei n.º 6.368/76 - que proclamava a necessidade de a associação para o tráfico ser permanente e duradoura - foi tão-somente substituído pelo art. 35 da Lei n.º 11.343/06. A associação eventual, como *in casu*, anteriormente prevista como agravante do crime de tráfico no art. 18, inciso III, da Lei do 6.368/76, foi objeto de *abolitio criminis*, porquanto não foi trazida pela nova Lei de Drogas, ao definir novos crimes e penas.

Desse modo, atípica a conduta da Paciente.

Com efeito, não restou demonstrado um *animus* associativo, tampouco um ajuste prévio para a prática do crime. E, para configuração do tipo de associação para o tráfico, necessário estabilidade e permanência na associação criminosa.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.)*

Para melhor elucidar a questão, cito precedente do Supremo Tribunal Federal, proferido ainda na vigência do antigo art. 14 da Lei n.º 6.368/76, que originalmente tratava do crime de associação para o tráfico, aplicável a espécie, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS. LEI N. 63683-1976, ARTS. 12, 14 E 18, I. DENUNCIA QUE TEVE AS RES COMO INCURSAS NOS ARTS. 12 E 18, I, DA LEI N. 6.3683/1976. CONDENAÇÃO DAS ACUSADAS, TAMBÉM, COM BASE NO ART. 14, DA CITADA LEI. DELITO NÃO IMPUTADO AS RES, NA DENÚNCIA, QUE, APENAS, ALUDIU A SITUAÇÃO DE CO-AUTORIA. PARA O CRIME DE ASSOCIAÇÃO PREVISTO NO REFERIDO ART. 14, EXIGE-SE ACORDO PARA DURADOURA ATUAÇÃO EM COMUM E NÃO TRANSITÓRIA E OCASIONAL PARTICIPAÇÃO NA PRÁTICA DE CRIME DOS ARTS. 12 E 13, DA LEI DE TÓXICOS. CONCURSO MATERIAL INCABÍVEL, NO CASO CONCRETO. NÃO APLICÁVEL A HIPÓTESE O DISPOSTO NO ART. 383, DO CPP. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, EM PARTE, PARA EXCLUIR DA CONDENAÇÃO A PENA RELATIVA AO CRIME DO ART. 14, DA LEI N. 6.368/1976. PROCEDENTE A INCIDÊNCIA DOS ARTS. 12 E 18, I, DA MESMA LEI. EXTENSÃO DA DECISÃO A CO-RE, NA CONFORMIDADE DO ART. 580, DO CPP. (HC 64840, Rel. Ministro NÉRI DA SILVEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/1987, DJ de 21/08/1987)

De outro lado, conforme consignado pelo acórdão de apelação, a Paciente não preencheria os requisitos legais necessários para se beneficiar da causa de diminuição de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porque:

"Respeitante ao apelo aforado pela processada Luceline da Silva Paiva, no que remanesce de apreciação, ao objetivo de mitigamento do tratamento punitivo, pela aplicação da causa redutora de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não prospera a sua pretensão, porquanto reconhecido, no julgamento, a participação em associação criminosa, juntamente com a processada Maria Inez Pires, deixando de atender requisito arrolado pelo dispositivo de regência da matéria.

Comprovado, nos autos, que a processada integra associação criminosa, voltada para o crime de tráfico de drogas, inclusive atuando no ambiente prisional, não merece o benefício de redução de pena, previsto pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, posto que desatendido requisito de não compor organização delitiva.

*Nesse sentido, a advertência doutrinária, **in verbis**:*

"Para fazer jus ao benefício, o réu deve satisfazer todos os requisitos, cumulativamente. A ausência de apenas um determina negar a benesse" (Renato Marcão, Saraiva, p. 194).

De mais a mais, a processada Luceline da Silva Paiva já foi indevidamente beneficiada, porquanto o representante ministerial, ainda que descontente com a absolvição da processada Maria Inez Pires, inclusive pelo crime de associação para o tráfico, tipificado pelo art. 35, da Lei nº 11.343/06, não reclamou, quanto a ela, esse apenamento, e a reprimenda afliativa, pelo delito de tráfico de drogas, foi definida no mínimo cominado, sendo a patrimonial aquém do menor valor, imposta de 10 (dez) dias-multa, de 1/30 (um trigésimo) do salário da época do fato, quando o mínimo é de 500 (quinhentos) dias-multa, ponto de desacerto que não contou com o desafio do acusador oficial." (fl. 201)

Ocorre que, sendo reconhecida a atipicidade da conduta de associação eventual para o tráfico de drogas, o édito condenatório perdeu seu único argumento para negar à Paciente a causa de diminuição de pena ao § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, considerou o acórdão impetrado que a condenada, ora Paciente, não fazia jus à causa de diminuição apenas por integrar associação criminosa.

No tocante à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastar a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, deve-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

O Tribunal *a quo* fundamentou a fixação da pena e do regime prisional nos seguintes termos:

"Desse modo, para o crime de tráfico de drogas, avaliadas, de forma favorável, as elementares do art. 59, do Código Penal Brasileiro, fixo-lhe a reprimenda de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da época do fato, incidindo o aumento de 1/6 (um sexto), pela causa de agravamento do art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, elevando o tratamento punitivo para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da época do fato." (fl. 200)

Verifica-se, pois, o constrangimento ilegal, na medida em que o regime mais gravoso, no caso, o fechado, foi imposto apesar de a pena-base ser fixada no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis, para condenada primária.

Quanto à substituição da reprimenda corporal, afastado o óbice previsto na Lei de Drogas, pela resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, após o Pretório Excelso reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo, deve o Juízo competente analisar se o condenado preenche ou não os requisitos para a obtenção da benesse, à luz do art. 44 do Código Penal.

Por todos, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO EVIDENTE. 4. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INDEFERIMENTO COM BASE NA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados. Logo, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não ocorreu no caso em apreço, em que o regime fechado foi estabelecido apenas em razão do delito de tráfico ser equiparado a crime hediondo, ocasionando ilegalidade manifesta.

4. Considerando que as instâncias ordinárias entenderam não ser a quantidade e a qualidade da droga apreendida aptas a agravarem a situação do paciente, tanto que as circunstâncias judiciais foram tidas por favoráveis - ocasionando a fixação da pena-base no mínimo legal -, bem como em razão da aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar máximo de 2/3 (dois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terços), deve ser restabelecida a sentença condenatória, a qual fixou o regime aberto para desconto da sanção reclusiva.

5. Reconhecida a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de entorpecentes, quando a pena aplicada for inferior a 4 anos de reclusão, fica manifesto o constrangimento ilegal a que se encontra submetido o paciente, uma vez que o aludido benefício foi negado com base unicamente na gravidade em abstrato do delito.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício a fim de restabelecer a sentença proferida pelo Magistrado singular, fixando-se, portanto, o regime aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente, a qual deverá ser substituída por 2 (duas) medidas restritivas de direitos." (HC 249.999/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 19/10/2012)

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem de *habeas corpus* para cassar a condenação no tocante ao crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 - restando a Paciente condenada à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, como incursa no art. 33, c.c. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06 - e determinar que o Eg. Tribunal de Justiça *a quo* proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão da minorante no prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e, consequentemente, do regime adequado de cumprimento de pena e da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Embora a corré tenha sido absolvida do delito de associação para o tráfico e lhe tenha sido fixado o regime intermediário de cumprimento da pena pelo delito de tráfico de drogas, sendo mantida a sentença de primeiro grau, porque o Ministério Público goiano, quanto a ela, não apelou, por se encontrarem as condenadas, agora, em idêntica situação processual, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos do julgado à corré LUCELINE DA SILVA PAIVA, também determinando que o Eg. Tribunal de Justiça *a quo* proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão da minorante no prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e, consequentemente, do regime adequado de cumprimento de pena e da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0148550-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 248.844 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200804661884 200902955416 368342213

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 : ALESSANDRO LISBOA PEREIRA E OUTROS
ADVOGADO : ALESSANDRO LISBOA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : MARIA INEZ PIRES
CORRÉU : LUCELINE DA SILVA PAIVA

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

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, concedeu parcialmente a ordem, com extensão à corré Luceline da Silva Paiva, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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.