



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.552 - SP (2015/0310930-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO PIRES RODRIGUES (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS*. PACIENTE CONDENADO PELOS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTS. 33, *CAPUT*, E 34, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006, EM CONCURSO MATERIAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO SEGUNDO DELITO PELA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INVIABILIDADE. CRIMES AUTÔNOMOS. PRECEDENTES. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. PERDA DE OBJETO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, “a”, da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei nº 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se a análise do constrangimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício. Nesse mesmo sentido: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJe de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJe de 27/5/2015.

2. Esta Corte já decidiu que o delito de que trata o art. 34, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é autônomo em relação ao do art. 33, *caput*, da referida Lei, o que inviabiliza a incidência do princípio da consunção, quando comprovado que o acusado utilizava e guardava instrumentos e objetos destinados à preparação, produção e transformação de substâncias entorpecentes, além de também ter em depósito e guardar substâncias entorpecentes, como ocorreu no caso em comento.

3. Concedido regime prisional semiaberto ao paciente, em 20/10/2015, registra-se, no ponto, a perda de objeto do presente *writ*.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 19 de maio de 2016 (Data do Julgamento)

Ministro Antonio Saldanha Palheiro

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.552 - SP (2015/0310930-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO PIRES RODRIGUES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCIANO PIRES RODRIGUES, apontando como autoridade coatora o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em primeira instância, o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.366 dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 34, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em concurso material.

Em apelação, o eg. Tribunal *a quo* manteve a r. sentença, negando provimento aos apelos defensivos, tendo sido rejeitados os embargos declaratórios opostos ao aresto proferido (e-STJ fls. 105/108).

Nas razões do presente *writ*, os impetrantes alegam que não poderia ser imputada ao paciente a conduta tipificada no art. 34, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pelo só fato de ter sido encontrada em sua residência um liquidificador, que consiste em eletrodoméstico de uso comum, não equipamento ou máquina para preparo de entorpecente. Alegam que os policiais não fizeram menção à base do liquidificador (motor), o que afastaria a caracterização do delito. Afirmam que o referido crime é subsidiário em relação ao crime de tráfico de drogas, não se justificando a aplicação das sanções cominadas a ambos os delitos, sob pena de ocorrer *bis in idem*, mormente porque as condutas teriam sido praticadas no mesmo contexto fático. Assim, revela-se impositiva a absolvição do paciente do delito tipificado no aludido art. 34, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Asseveram, ainda, ser cabível a fixação do regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto de cumprimento da pena ou a sua substituição por penas restritivas de direitos.

Requerem a concessão de liminar para que o acusado possa recorrer em liberdade, expedindo-se o competente alvará de soltura. No mérito, postulam a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido do crime previsto no art. 34, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e para que lhe se imposto o regime inicial aberto ou semiaberto de cumprimento da pena.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 80/81).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial da ordem e, nessa parte, pela sua prejudicialidade.

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.552 - SP (2015/0310930-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, “a”, da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei nº 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional.

No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se a análise do constrangimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício. Nesse mesmo sentido: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJe de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJe de 27/5/2015.

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Nesse contexto, em que pese a argumentação tecida pelos impetrantes, razão não lhes assiste, não se evidenciando o alegado constrangimento ilegal.

Consoante relatado, as instâncias ordinárias condenaram o paciente como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, e do art. 34, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em concurso material, tendo o douto Juízo de primeiro grau assim se manifestado acerca da tese relativa à absorção do segundo delito pelo primeiro (e-STJ fl. 26):

Quanto ao crime previsto no artigo 34, da Lei nº 11.343/06, vê-se, da mesma forma, devidamente caracterizado. Com efeito, não há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

falar-se em absorção deste delito com o tráfico de drogas, previsto no artigo 33, de referida Lei, uma vez que as condutas descritas em cada um deles são divergentes e autônomas.

Neste sentido, vê-se que os acusados não só preparavam, tinham em depósito e guardavam substâncias entorpecentes, para fins de entrega a terceiros; mas também utilizavam e guardavam instrumentos e objetos (liquidificador, facas, eppendorfs e etc) - os quais tinham indícios de drogas e serviam para produção destas, como se vê a fls. fls.179/190 e 198/199 - destinados à preparação, produção e transformação de substâncias entorpecentes, razão pela qual a condenação dos acusados como incurso no artigo 34, da Lei 11.343/06 é medida que se impõe.

A Corte de origem, por sua vez, afastou o pedido de absolvição do delito previsto no art. 34, caput, da Lei n. 11.343/2006, pelo princípio da absorção, embasando-se nos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 39/40):

*[...]. Diante disto, concluo que está plenamente configurado o delito de tráfico de drogas, não só em face da natureza, da diversidade e da quantidade de narcóticos confiscados, mas também diante das circunstâncias que envolveram a prisão de **ALEXANDRE** e, posteriormente, a de **LUCIANO**, até porque, como se sabe, “(...) **o tipo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar (...)**” (STJ - QUINTA TURMA - Recurso Especial nº 1.133.943 - Relator Ministro FELIX FISCHER Julgamento realizado em 6/ABR/2010).*

Assim, de absolvição não se poderia mesmo cogitar.

No que se refere à infração estampada no artigo 34 da Lei nº 11.343/06, melhor será ouvir a lição da Jurisprudência oriunda do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“(...) A respeito do pleito de absorção dos art. 33, 1º, inciso I e art. 34 pelo art. 33, caput, todos da Lei nº 11.343/06, nota-se que se trata de delitos distintos, não necessariamente contidos no crime de tráfico ilícito de entorpecentes como simples fase para sua realização. As condutas típicas se referem, um, à preparação e produção, o outro, ao maquinário utilizado para a produção e transformação de drogas. É evidente a autonomia dos delitos, cuja prática não se restringe a meios absorptos nos atos típicos do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. (...)” (STJ - QUINTA TURMA - Habeas Corpus nº 179.744 - Relator Ministro GILSON DIPP - Julgamento realizado em 12/ABR/2011)

“(...) Conforme já se manifestou esta Corte Superior de Justiça, o delito capitulado no art. 34 da Lei n.º 11.343/2006 constitui crime autônomo em relação ao ilícito previsto no art. 33, caput, do mesmo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*diploma legal. Com efeito, provando-se nos autos que os objetos apreendidos eram destinados à fabricação, ao preparo, à produção ou à transformação de drogas, como afirmado pelas instâncias ordinárias entendimento este que não pode ser revisto na via do habeas corpus, por demandar o reexame de matéria fático-probatória -, não há como se reconhecer a pretendida incidência do princípio da consunção. (...)” (STJ - QUINTA TURMA - Habeas Corpus nº 171.842 - Relatora Ministra LAURITA VAZ - Julgamento **realizado em 6/NOV/2012**).*

Consoante se extrai da própria fundamentação tecida pelo Tribunal local, não encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a tese defensiva de que, em face da suposta relação de subsidiariedade, o crime previsto no art. 34, *caput*, estaria absorvido pelo delito tipificado no art. 33, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, ainda que praticados em mesmo contexto fático.

Com efeito, em casos semelhantes, esta Corte já decidiu que o delito de que trata o art. 34, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é autônomo em relação ao do art. 33, *caput*, da referida Lei, o que inviabiliza a incidência do princípio da consunção, quando comprovado que o acusado utilizava e guardava instrumentos e objetos destinados à preparação, produção e transformação de substâncias entorpecentes, além de também ter em depósito e guardar substâncias entorpecentes, como ocorreu no caso em comento.

Nesse diapasão, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART 34 DA LEI N.º 11.343/2006. ALEGADA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. CRIMES AUTÔNOMOS. ART. 12 DA LEI N.º 10.826/2003 (POSSE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO). CONDUTA PRATICADA NO PERÍODO DA VACATIO LEGIS INDIRETA. ATIPICIDADE. PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O delito capitulado no art. 34 da Lei n.º 11.343/2006 constitui crime autônomo em relação ao ilícito previsto no art. 33, caput, do mesmo diploma legal. Assim, provando-se nos autos que os objetos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidos eram destinados à fabricação, ao preparo, à produção ou à transformação de drogas, como afirmado pelas instâncias ordinárias - entendimento este que não pode ser revisto na via do habeas corpus, por demandar o reexame de matéria fático-probatória -, não há como se reconhecer a pretendida incidência do princípio da consunção. Precedente.

[...].

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado, absolver o Paciente quanto ao crime de posse ilegal de munição de uso permitido, por atipicidade da conduta, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. (HC 171.842/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 16/11/2012)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. PREPARAÇÃO, PRODUÇÃO, MAQUINÁRIO E TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL E PERÍCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PRISÃO DECORRENTE DE FLAGRANTE. GRAVAÇÕES UTILIZADAS UNICAMENTE NO INQUÉRITO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 563 E 566 DO CPC. ART. 33, § 1º, INCISO I E ART. 34 DA LEI Nº 11.343/06. CONSUNÇÃO PELO DELITO DO ART. 33, CAPUT, DO MESMO DIPLOMA. CRIMES AUTÔNOMOS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VIA INADEQUADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

[...].

III. Os delitos tipificados no art. 33, § 1º, inciso I e art. 34 são autônomos em relação ao crime do art. 33, caput, todos da Lei nº 11.343/06.

[...].

VII. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada. (HC 179.744/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 11/05/2011)

Ademais, consoante soberanamente delineado pelas instâncias ordinárias, merece destaque o fato de terem sido localizados, na residência do paciente, instrumentos e objetos com indícios de drogas (liquidificador, facas, *ependorfs*), que serviam para a produção de substâncias entorpecentes, motivo pelo qual não comporta guarida a alegação de que o delito não estaria configurado, por ser o liquidificador um eletrodoméstico de uso comum e por não ter sido feita menção à sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

base (motor).

Por fim, no que diz respeito ao regime prisional, a presente impetração encontra-se prejudicada. Consoante informações prestadas pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 94/95), em 20/10/2015, foi concedido ao paciente o benefício do regime semiaberto, conforme também pretendido no presente *writ*.

Ante o exposto, **não conheço do *habeas corpus***.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0310930-2

HC 344.552 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001619272013 00016192720138260222 1619272013 16192720138260222
20150000573397

EM MESA

JULGADO: 19/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO
ADVOGADO	: CARLOS ALBERTO TELLES E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUCIANO PIRES RODRIGUES (PRESO)
CORRÉU	: ALEXANDRE RAMOS ZIVIANI

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 do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.