

23/06/2015

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.708 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. TEORI ZAVASCKI**
PACTE.(S) : **RICARDO DE OLIVEIRA**
IMPTE.(S) : **HELIO BIALSKI E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. NULIDADES DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CARACTERIZADOS OS ELEMENTOS TIPIFICANTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS). INVIABILIDADE.

1. À luz da norma inscrita no art. 563 do Código de Processo Penal, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o réu. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional.

2. Não se vislumbra nenhuma irregularidade ou nulidade das transcrições realizadas nos autos do inquérito policial, capazes de comprometer o acervo probatório e a condenação do paciente. Consta que todos os diálogos captados por meio das escutas telefônicas autorizadas judicialmente foram disponibilizados nos autos da ação penal, mesmo antes do oferecimento da denúncia, de modo que a defesa poderia ter solicitado a transcrição de tudo ou da parte que entendesse necessário, o que não foi providenciado por nenhum dos causídicos.

3. Os arts. 33, § 1º, I, e 34 da Lei de Drogas - que visam proteger a saúde pública, com a ameaça de produção de drogas - tipificam condutas *que podem* ser consideradas mero ato preparatório. Assim, evidenciado, no mesmo contexto fático, o intento de traficância do agente (cocaína), utilizando aparelhos e insumos somente para esse fim, todo e qualquer

HC 109708 / SP

ato relacionado a sua produção deve ser considerado ato preparatório do delito de tráfico previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Aplica-se, pois, o princípio da consunção, que se consubstancia na absorção do delito meio (objetos ligados à fabricação) pelo delito fim (comercialização de drogas). Doutrina e precedentes.

4. Não há nenhum vício apto a justificar o redimensionamento da pena-base fixada pelo juízo sentenciante, que tomou como circunstâncias preponderantes a grande quantidade de droga apreendida, bem como a quantidade de instrumentos e utensílios encontrados no laboratório do grupo criminoso, reprimenda, ademais, que se mostra proporcional à luz das circunstâncias declinadas nos autos. Precedentes.

5. Encontra-se suficientemente demonstrada nos autos a prévia combinação de vontades entre, pelo menos, o paciente e uma corré, de caráter duradouro e estável, necessária e suficiente para configuração do crime de associação para o tráfico descrito no art. 35 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

6. A questão relativa à incidência da agravante do art. 62, I, do Código Penal não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça e, portanto, qualquer juízo desta Corte sobre ela implicaria supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências.

7. As instâncias ordinárias concluíram que o paciente se dedicava a atividades ilícitas, aderindo à organização criminosa dedicada à fabricação e à comercialização de droga. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do *habeas corpus* para reexaminar fatos e provas com vistas a aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, que tem a clara finalidade de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, *caput* e § 1º, em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, o qual, evidentemente, não goza do referido benefício (cf. justificativa ao Projeto de Lei 115/2002 apresentada à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação). Precedentes.

8. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido, em parte.

HC 109708 / SP

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro DIAS TOFFOLI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conhecer parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, conceder a ordem, em parte, para restabelecer a sentença de primeiro grau, mantendo, todavia, o decotamento imposto pelo Tribunal de Justiça local atinente ao reconhecimento da confissão espontânea, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 23 de junho de 2015.

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

23/06/2015

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.708 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S) : RICARDO DE OLIVEIRA
IMPTE.(S) : HELIO BIALSKI E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido nos autos do HC 179.744/SP, Rel. Min. Gilson Dipp. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 10 anos de reclusão pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006) e a 6 anos de reclusão pelo delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006), ambos em regime inicial fechado; (b) o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a 9 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão a pena referente ao delito de tráfico e provimento à apelação do Ministério Público estadual para condenar o paciente às penas de 7 anos e 6 meses e de 4 anos e 6 meses de reclusão pelos delitos tipificados no art. 33, § 1º, I, e art. 34 da Lei 11.343/2006, mantida, no mais, a sentença de primeiro grau; (c) inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que conheceu parcialmente da impetração, e, na parte conhecida, denegou a ordem, em acórdão assim amentado:

“(…) I. Eventuais irregularidades em interceptações telefônicas utilizadas unicamente no inquérito policial não são aptas a ensejar a declaração da nulidade do processo.

II. Para declaração da nulidade é necessária a comprovação do prejuízo. Inteligência dos arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal.

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

HC 109708 / SP

Lei nº 11.343/06.

IV. O pleito de absolvição pelo delito de associação para o tráfico demanda revolvimento da matéria fático-probatória, incabível na via eleita.

V. Tendo sido o paciente condenado em duas instâncias de ampla cognição, não pode o *mandamus*, como se fosse um segundo recurso de apelação, sobrepor-se àqueles julgados.

VI. Incabível a aplicação de causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em hipótese de paciente flagrado tendo em depósito mais de 15 (quinze) quilos de cocaína, bem como R\$ 43.000,00 (quarenta e três mil reais), sendo desempregado, e apontado por corréu como pessoa envolvida com o tráfico.

VII. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada”.

Neste *habeas corpus*, os impetrantes sustentam, em suma, que (a) são ineficazes e nulas as degravações oficiais dos diálogos telefônicos procedidas na fase de inquérito, uma vez que os agentes e os papiloscopistas da polícia federal não possuem capacidade técnica para realizar tal procedimento; (b) “a ausência de perícia técnica contamina a própria validade dos áudios apresentados pela Polícia Federal, visto que vieram aos autos mediante transcrição de trechos ‘pinçados’ e julgados pertinentes pelos mesmos policiais que acompanharam as diligências, o que é indicativo veemente de parcialidade e de subjetivismo (...)”; (c) deve ocorrer, no caso, a incidência do princípio da consunção entre o delito de tráfico (art. 33, *caput*) e as condutas previstas no art. 33, § 1º, I e art. 34 da Lei 11.343/2006; (d) não há comprovação da estabilidade associativa necessária para configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006); (e) falta motivação idônea para exasperação da pena-base, bem como em relação ao aumento decorrente da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal; (f) existe a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena estabelecida no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Requerem, ao final, a concessão da ordem, nos termos em que postulado em cada tópico.

HC 109708 / SP

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento parcial do *habeas corpus* e, na parte conhecida, pela denegação da ordem.

É o relatório.

23/06/2015

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.708 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. Não se vislumbra nenhuma irregularidade ou nulidade das transcrições realizadas nos autos do inquérito policial, capazes de comprometer o acervo probatório e a condenação do paciente. Com efeito, consta que todos os diálogos captados por meio das escutas telefônicas autorizadas judicialmente foram disponibilizados nos autos da ação penal, mesmo antes do oferecimento da denúncia, de modo que a defesa poderia ter solicitado a transcrição de tudo ou da parte que entendesse necessário, o que não foi providenciado por nenhum dos causídicos. Veja-se o que consta da sentença condenatória, no ponto:

“(...) Além de a suma dos diálogos de interesse policial que foram interceptados com autorização judicial ter sido encartada aos autos (fls. 332/373) antes mesmo do oferecimento da denúncia, também foi juntado aos autos disco compacto (fls. 679) contendo as principais conversas travadas nas linha telefônicas que vinham sendo monitoradas, que absolutamente não deixam dúvida quanto ao cometimento dos crimes descritos na denúncia.

Entretanto, como demonstram o despacho e a certidão exarados à fls. 687 e 688, curiosamente, nenhum dos defensores se interessou em tomar conhecimento do conteúdo das gravações contidas no aludido disco, nas quais, aliás, há várias referências à Dra. Malali, que parece ser a ilustre advogada da corré Adrielle, mesmo antes da prisão desta (...)

Logo, é evidente que as preliminares só foram deduzidas para tumultuar o processo, como única estratégia que restou aos defensores, tendo em vista a robustez da prova produzida em desfavor dos acusados, independentemente do que disseram os telefonemas interceptados, já que todos ele foram presos em flagrante.”

HC 109708 / SP

Ademais, à luz da norma inscrita no art. 563 do Código de Processo Penal, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o réu. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional (v.g: HC 85155, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ 15-04-2005; RHC 117096, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 15-10-2013; RHC 117674, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 07-10-2013; HC 115336, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 05-06-2013).

Na espécie, entretanto, o que se tem é a alegação genérica de nulidade. Com efeito, não há qualquer indicação de que as transcrições realizadas por “não especialistas” tenham inviabilizado a apresentação das teses defensivas, pois, conforme enfatizado no excerto antes transcrito, o magistrado sentenciante disponibilizou às partes o inteiro teor das mídias eletrônicas que continham as conversas interceptadas, mas, como visto, nenhum dos defensores se interessou em tomar conhecimento daquele conteúdo. Além disso, a lei de regência não exige que a transcrição seja realizada por “perito policial do Setor Técnico-Científico - Núcleo de Perícias da Polícia Federal ou Polícia Estadual”, estabelecendo apenas que, “no caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição” (Lei 9.296/1996, art. 6º, § 1º). Assim, caberia à defesa demonstrar eventual divergência de conteúdo, o que não ocorreu.

Também é inconsistente a afirmação de que “o conteúdo dos diálogos, se transcritos na integralidade, ainda assim poderiam ser contestados visto que neles não foi realizada perícia para constatar se o ora Requerente seria de fato um dos interlocutores das conversas captadas, mediante exame comparativo de espectrograma de voz”. Como registrado, não houve pedido da defesa nesse sentido.

Ademais, é da jurisprudência desta Corte a orientação de considerar

HC 109708 / SP

legítima a transcrição das interceptações telefônicas apenas das partes que tenham pertinência com os fatos narrados na denúncia, sem prejuízo de amplo acesso aos interessados da totalidade da mídia eletrônica ou dos autos físicos (cf.: Inq 3693, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2014, DJe de 30-10-2014; HC 117000, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, DJe de 16-10-2013; RHC 118055, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 31-03-2014; HC 118371, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 05-09-2014; ARE 765440 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14-05-2014).

Ora, se é prescindível a transcrição integral dos diálogos interceptados e há notícia de que foi disponibilizado à defesa a totalidade das gravações referidas nos autos, não subsiste razão jurídica para se decretar a nulidade da ação penal em razão da suscitada ausência de transcrição integral e perícia dos áudios, sobretudo se considerado o registro da instância ordinária de que “as preliminares só foram deduzidas para tumultuar o processo, como única estratégia que restou aos defensores, tendo em vista a robustez da prova produzida em desfavor dos acusados, independentemente do que disseram os telefonemas interceptados, já que todos ele foram presos em flagrante”.

2. A mera imputação ao crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, *caput*, da Lei de 11.343/2006 não significa que, automaticamente, desaparecerão os crimes descritos nos arts. 33, § 1º, I (“importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”) e 34 (“Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou

HC 109708 / SP

transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”), ambos da mesma Lei.

São figuras distintas e, igualmente, relevantes. Assim, se o agente, por exemplo, possui em sua residência produtos e equipamentos destinados à fabricação de *ecstasy*, mas é flagrado naquele local comercializando “maconha”, deve incidir as regras do concurso de crimes. Além da existência de contextos autônomos, aptos a atingir o bem jurídico tutelado de forma distinta, o maquinário para a produção da primeira droga não pode ser considerado ato antecedente necessário para a comercialização da “maconha”. Entretanto, os arts. 33, § 1º, I, e 34 – que visam proteger a saúde pública, com a ameaça de produção de drogas – tipificam condutas *que podem* ser consideradas mero ato preparatório. Assim, evidenciado, no mesmo contexto fático, o intento de traficância do agente (p. ex. cocaína), utilizando aparelhos e insumos somente para esse fim, todo e qualquer ato relacionado a sua produção será considerado ato preparatório do delito de tráfico previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, “afinal, o trato com instrumentos, maquinários e outros objetos significa a preparação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes” (NUCCI). Aplica-se, pois, o princípio da consunção, que se consubstancia na absorção do delito meio (objetos ligados à fabricação) pelo delito fim (comercialização de drogas). Evidentemente que a circunstância de ter em depósito *matéria-prima* e *equipamentos* destinados à preparação da droga poderá ser considerada no momento da fixação da pena, diferenciando, então, esse traficante daquele que se dedica apenas à comercialização do entorpecente. É o que se colhe da doutrina especializada: Guilherme de Souza Nucci. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8ª ed. 2014. Damásio de Jesus. *Lei antidrogas anotada*. 9ª ed., 2009; Paulo Rangel e Carlos Roberto Bacila. *Lei de Drogas: comentários penais e processuais*. 2ª ed., 2014; Luiz Flávio Gomes e outros, *Lei de drogas comentada – artigo por artigo*. 6ª ed., 2014.

Em suma: a correta análise do fato típico depende do caso concreto.

3. Na espécie, a denúncia traz a seguinte narrativa dos fatos

HC 109708 / SP

imputados ao paciente, na parte que interessa para o exame da questão:

“(…) Conforme restou apurado, a partir de época não precisada, os denunciados Ricardo de Oliveira, conhecido como ‘Faria’, e Adriele Alípio de Moraes e outros indivíduos ainda não identificados associaram-se, sob a forma de organização criminosa, visando à preparação, distribuição e comercialização de substâncias entorpecentes na Comarca de Campinas e nas cidades a ela adjacentes.

Para tanto, na residência da denunciada Adriele Alípio de Moraes, os denunciados e seus comparsas montaram e estabeleceram um ‘laboratório’ para refino de cocaína e preparação da droga para entrega a consumo de terceiros.

(…)

Logo após sua prisão em flagrante, o denunciado Ricardo de Oliveira, conhecido como ‘Faria’, acabou informando aos policiais o local onde estava instalado o laboratório da organização criminosa, ou seja, na residência da denunciada Adriele Alípio de Moraes.

(…)

Conforme se observa dos autos de exibição e apreensão encartados ao feito, **foram apreendidos mais de quinze quilos de cocaína já prontos para a revenda a outros traficantes, devidamente embalados em pacotes contendo consideráveis quantidades.**

Além disso, os policiais encontraram e apreenderam grande quantidades de insumos e produtos químicos destinados à preparação da cocaína para a entrega a consumo de terceiros, destacando-se cafeína, lidocaína, benzocaína, ácido sulfúrico, ácido clorídrico, éter etílico, acetona e acetonitrila. Também foi apreendido o instrumental utilizado na preparação e transformação da droga, em especial, aparelho de microondas, refletores, mixers, liquidificadores, balanças eletrônicas, gotejadores, peneiras, máscaras, funis, dosadores, bacias e embalagens plásticas.

Diante do exposto, denunciemos a Vossa Excelência:

HC 109708 / SP

- RICARDO DE OLIVEIRA, vulgarmente conhecido como 'Faria', como incurso A) no artigo 33, *caput*; B) no artigo 33, parágrafo 1º, inciso I; C) no artigo 34 e D) no artigo 35, todos da Lei nº 11.343/06, em concurso material de crimes, nos moldes do artigo 69 do Código Penal e com observância das disposições da Lei nº 9.034/95" (grifos meus).

Como se vê, a denúncia narra que, com a prisão em flagrante do paciente, no momento em que repassava 400g de cocaína a um outro traficante (corrêu), descobriu-se que ele e a corrê Adriele Alípio de Moraes, além de comercializarem a droga, mantinham em depósito *matéria-prima* e *equipamentos* destinados à preparação do referido entorpecente, tanto que no "laboratório" da quadrilha foi encontrada outra quantidade já preparada para o comércio. Tem-se, portanto, situação em que deve incidir o princípio da consunção ou da absorção, afastando-se, por conseguinte, o concurso material de crimes aplicado pela Corte estadual. Aliás, foi nesse sentido a sentença de primeiro grau, conforme se depreende do tópico relativo à fixação da pena-base:

"Posto isso, e pelo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente a ação e condeno:

a) Ricardo de Oliveira, conhecido pelo vulgo de Faria, como incurso nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06, respectivamente, às penas de dez anos de reclusão, além de 1000 (mil) dias-multa, cujo valor unitário fixo em um salário mínimo, tendo em vista o seu alto poder aquisitivo, e seis anos de reclusão, além de 2.400 (dois mil e quatrocentos) dias-multa fixados no mesmo valor, cujo cumprimento inicial dar-se-á em regime fechado;

(...)

Fixei a pena-base de cada uma das infrações atribuídas a Ricardo e a Adriele com o acréscimo de metade em relação às penas mínimas cominadas, **tendo em vista a quantidade de entorpecentes que comercializavam e guardam para ser comercializado, o que pode ser inferido pelo numerário**

HC 109708 / SP

apreendido em poder do primeiro, além da quantidade de equipamentos e de produtos químicos que mantinham para preparar e transformar drogas; ato contínuo, no tocante a Ricardo, que, inegavelmente, dirigia a atividade dos demais integrantes da organização criminosa, aumentei a pena dos crimes, respectivamente, de dois anos e seis meses de reclusão, além de setecentos e cinquenta dias-multa, e um anos e seis meses de reclusão, além de seiscentos dias-multa, em face do disposto no artigo 62, I, do Código Penal, tornando as penas definitivas”.

Nessa linha de consideração, vejam-se os seguintes julgados:

“(…) 1. O princípio da consunção em relação aos crimes de posse e guarda de maquinário e de estocagem de matéria-prima destinados à manufatura de substâncias entorpecentes pode ser aplicado, uma vez que ditas condutas constituem meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de delito de alcance mais amplo, no caso, a fabricação de entorpecente.

2. Conclui-se que o intuito do legislador foi i) punir, por exemplo, o agente que constrói um laboratório para refino de cocaína, independentemente da sua efetiva produção, ainda que a posse das máquinas e dos objetos em questão não seja, isoladamente, considerada ilícita (tais como, no caso em exame, de baldes e de um liquidificador); ou ii) sancionar aquele que mantém em depósito matéria-prima destinada ao refino ou à produção de drogas, mesmo que a estocagem dessa, por sua natureza, não constitua, per se, crime (no caso concreto, de solução de baterias, livremente revendida com fim específico de regeneração de cargas elétricas em baterias, e de barrilha, utilizada no tratamento de água para piscinas e para outras finalidades lícitas).

3. No caso em exame, pelo que se vê da denúncia, tanto a posse da matéria-prima, como a dos maquinismos/objetos, visava a um fato único: a produção de entorpecente (merla) pelo paciente naquele local, para posterior comercialização da

HC 109708 / SP

droga.

4. Está patente nos autos a existência de uma estrutura destinada ao tráfico de drogas, na modalidade de fabricação.

5. Ordem concedida” (HC 100946, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 27-02-2012).

“(…) 2. No art. 13 da Lei nº 6.368/1976, o legislador antecipou o momento consumativo do crime de tráfico de drogas do art. 12 do mesmo diploma legal, na modalidade específica de produção ou preparo de drogas, tipificando a mera conduta de possuir ou guardar máquinas ou instrumentos destinados a essa finalidade. O crime em questão é, em regra, subsidiário e só se aplica quando não configurada a figura delitiva do art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

3. *Habeas corpus* extinto sem resolução do mérito, mas com a concessão da ordem de ofício para exclusão da pena cominada ao crime do art. 13 da Lei nº 6.368/1976, sem prejuízo das demais condenações. Ordem estendida aos condenados na mesma situação” (HC 104633, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 08-10-2012).

Ademais, no que concerne à pena-base, não há nenhum vício apto a justificar o redimensionamento da reprimenda fixada pelo juízo sentenciante, que tomou como circunstâncias preponderantes a grande quantidade de droga apreendida, bem como a quantidade de instrumentos e utensílios encontrados na residência da corré Adrielle, as quais são suficientes para a exasperação da reprimenda. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados: HC 101819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 06-08-2010; HC 97134, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 18-09-2009; RHC 100972, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 28-05-2010; HC 86301, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJ 16-12-2005, este assim ementado:

“*HABEAS CORPUS*. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO

HC 109708 / SP

MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. O juiz de primeira instância, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, pode elevar a pena-base. Precedentes. *Habeas corpus* indeferido”.

De outro lado, não cabe a esta Corte, em sede de *habeas corpus*, proceder à nova valoração das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis ao paciente, sobretudo se considerado que a sanção fixada – 10 anos, num intervalo de 5 a 15 anos (art. 33 da Lei 11.343/2006) – não se mostra desproporcional à luz das circunstâncias declinadas por aquele magistrado.

3. No tocante à alegação de ausência comprovação do vínculo associativo necessário para a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006), é inviável avançar em tal discussão. Isso porque a denúncia narra de forma individualizada e objetiva a conduta atribuída ao paciente, adequando-a, em tese, ao tipo descrito na peça acusatória. Veja-se:

“Conforme restou apurado, a partir de época não precisa, os denunciados Ricardo de Oliveira, conhecido como ‘Faria’, e Adriele Alípio de Moraes e outros indivíduos ainda não identificados associaram-se, sob a forma de organização criminosa, visando à preparação, distribuição e comercialização de substâncias entorpecentes na Comarca de Campinas e nas cidades a ela adjacentes.

Para tanto, na residência da denunciada Adriele Alípio Moraes, os denunciados e seus comparsas montaram e estabeleceram um ‘laboratório’ para refino de cocaína e preparação da droga para entrega a consumo de terceiros.

No mencionado imóvel, os denunciados tinham em depósito e guardavam farta quantidade de insumos e produtos químicos variados destinados à preparação da droga para comercialização, incluindo cafeína, lidocaína, benzocaína, ácido sulfúrico, ácido clorídrico, éter etílico, acetona e acetonitrila.

HC 109708 / SP

Além de tais substâncias, os denunciados possuíam no local maquinário e instrumentos também destinados à preparação da substância entorpecente, tal como aparelho de microondas, refletores, *mixers*, liquidificadores, balanças eletrônicas, gotejadores, peneiras, máscaras, funis, dosadores, bacias e embalagens plásticas.

Depois de receberem a substância entorpecente em seu estado bruto, os denunciados ‘batizavam’ a droga, ou seja, misturavam com os componentes químicos acima mencionados, de modo a aumentar o volume do produto a ser comercializado. Para tal operação, se valiam do instrumental acima indicado. Depois disso, preparavam a substância entorpecente em porções para a posterior revenda a outros traficantes da região que atuavam no comércio de drogas a varejo.

(...)

Diante do exposto, denunciemos a Vossa Excelência:

- RICARDO DE OLIVEIRA, vulgarmente conhecido como ‘Faria’, como incurso A) no artigo 33, *caput*; B) no artigo 33, parágrafo 1º, inciso I; C) no artigo 34 e **D) no artigo 35, todos da Lei nº 11.343/06**, em concurso material de crimes, nos moldes do artigo 69 do Código Penal e com observância das disposições da Lei nº 9.034/95.

- ADRIELE ALÍPIO DE MORAES, como incurso A) no artigo 33, *caput*; B) no artigo 33, parágrafo 1º, inciso I; C) no artigo 34 e **D) no artigo 35, todos da Lei nº 11.343/06**, em concurso material de crimes, nos moldes do artigo 69 do Código Penal e com observância das disposições da Lei nº 9.034/95” (grifos meus).

Embora a cópia da sentença condenatória juntada aos autos esteja incompleta, no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou as apelações é possível verificar os seguintes fundamentos quanto ao delito de associação:

“No dia dos fatos, policiais receberam informações de que

HC 109708 / SP

Ricardo de Oliveira fazia entrega de certa quantidade de entorpecente para José Onofre. Em campanha no local apontado, avistaram Ricardo entregando um sacola de papel para José. Nesse momento, foi efetuada a abordagem. No interior do veículo conduzido por Ricardo foram encontrados R\$ 43.000,00. José tentou se evadir, abandonando a droga apreendida, mas acabou detido. Em seu poder ainda foram encontrados R\$ 1.623,00, uma cédula de U\$ 20,00 e mais uma porção de substância entorpecente (diversa da adquirida de Ricardo). Na residência de Ricardo foi apreendido um veículo, com seu respectivo documento. Preso, Ricardo apontou a residência de Adriele como sendo o local onde haveria mais entorpecente, bem como estaria instalado um laboratório completo. Adriele franqueou a entrada dos policiais, momento em que foram encontrados mais de 15 kg de cocaína e quase cem quilos de insumos. Segundo investigações preliminares, Adriele teria ido morar em Campinas para auxiliar o marido no tráfico. Ele (marido) foi preso e então ela passou a 'trabalhar' com Ricardo, pessoa com quem conversava e que frequentava sua casa (ele inclusive tinha a chave da residência de Adriele). Através das investigações foram descobertos outros envolvidos na organização e também que a pasta de cocaína era trazida de Mato Grosso. José Onofre não fazia parte da organização. Era um comprador eventual".

Não há dúvida, portanto, que está suficientemente demonstrada a prévia combinação de vontades entre o paciente e a corré Adriele, de caráter duradouro e estável, a ponto de transformarem a residência dessa última no "laboratório" utilizado pelo grupo (= há notícias de outros corréus não identificados) para o manufaturamento da droga comercializada, o que, aliás, ficou fartamente comprovado nos autos da ação penal. Vale registrar, ainda, que o delito de associação para o tráfico do art. 35 da Lei 11.343/2006, que reproduz, em seus aspectos essenciais, o art. 14 da revogada Lei 6.368/1976, dispensa a prova de que os agentes visavam à prática de vários crimes de tráfico, como ocorre na associação

HC 109708 / SP

criminosa prevista no art. 288 do Código Penal, por exemplo, bastando o ajuste prévio e o mínimo de organização para a prática delituosa. Esse entendimento foi registrado no RHC 75.236/AM, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado pela Primeira Turma, DJ 1º/8/1997, na vigência da antiga Lei de Tóxicos. Eis a ementa, no que interessa:

“I. *Habeas corpus*: cabimento: qualificação jurídica de fato.
(...)

III. Associação para o tráfico de entorpecentes: subsistência do art. 14 da Lei de Entorpecentes, dispensa o elemento mais característicos das figuras penais de associação para delinquir, qual seja, a predisposição da *societas sceleris* à prática de um número indeterminado de crimes: para não confundir-se com o mero concurso de agentes, a melhor interpretação reclama à sua incidência o ajuste prévio e um mínimo de organização, seja embora na preparação e no cometimento de um só delito de tráfico ilícito de drogas, hipótese que a sentença julgou provada”.

Por outro lado, a jurisprudência desta Corte também possui entendimento no sentido de que é inviável o *habeas corpus*, quando ajuizado com o objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento (HC 118912 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 13-02-2014). No mesmo sentido: HC 117293, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 20-11-2013; HC 117252 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 24-09-2013; HC 115609, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 01-04-2013; HC 93368, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 25-08-2011; HC 70364, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 10-09-1993, este último assim ementado:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXAME DA PROVA. CRIME DE ESTUPRO. EXAME DE

HC 109708 / SP

CONJUNÇÃO CARNAL REALIZADO QUASE UM ANO APÓS O ESTUPRO.

I. - Alegação de que inexistem nos autos provas que possam justificar a condenação do réu. Impossibilidade de ser considerada essa alegação, por isso que implicaria o reexame de toda a prova, finalidade a que não se presta o *habeas corpus*.

(...)

IV. *Habeas corpus* indeferido”.

4. A questão relativa à incidência da agravante do art. 62, I, do Código Penal (= promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes) à pena de tráfico (art. 33 da Lei 11.343/2006) não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça e, portanto, qualquer juízo desta Corte sobre ela implicaria supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências, o que não é admitido pela jurisprudência do STF (*v.g.*, HC 115266, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 24-09-2013; HC 116717, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 26-09-2013; RHC 117301, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 16-10-2013; HC 111773, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 21-03-2013).

5. A não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar pelo menos um dos critérios, que são autônomos, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa. Nesse juízo, não se pode ignorar que a norma em questão tem a clara finalidade de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, *caput* e § 1º, em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, o qual, evidentemente, não goza do referido benefício (cf. justificativa ao Projeto de Lei 115/2002 apresentada à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação).

HC 109708 / SP

No caso, ao se pronunciar sobre a questão, o Tribunal de Justiça estadual registrou o seguinte:

“Não há se falar no redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Pessoas detidas com tamanha quantidade de droga fazem do tráfico seu meio de vida. Ou seja, de dedicam, como demonstrado nos autos, à atividade criminosa. Não merecem, a meu ver, redução da pena”.

O Superior Tribunal de Justiça também enfatizou que:

“(…) o simples fato da condenação pelo delito de associação para o tráfico obsta a concessão do pedido. Porém, além disso, o paciente foi flagrado tendo em depósito mais de 15 (quinze) quilos de cocaína, bem como R\$ 43.000,00 (quarenta e três mil reais), sendo desempregado. No mesmo sentido, um dos corréus declarou que ‘havia acabado de adquirir 400 gramas de cocaína do réu Ricardo, pessoa envolvida com o tráfico’ (fl. 175)”.

Conforme se percebe, com base em elementos de prova colhidos sob o crivo do contraditório, notadamente ante as circunstâncias fáticas que envolveram o caso, ficou evidenciado que o paciente se dedicava a atividades ilícitas, aderindo à organização criminosa dedicada à produção e à comercialização de droga. Essa orientação tem o respaldo da jurisprudência e da doutrina especializada, que admitem o afastamento da minorante quando presentes outras circunstâncias demonstrantes da dedicação do acusado à atividade criminosa, como, por exemplo, “a) a conduta social do agente, b) o concurso eventual de pessoas, c) a receptação, d) os petrechos relacionados ao tráfico (tais como papel celofane, plásticos, papel alumínio, ampolas ou assemelhados, recortados ou não, utilizados para embalagem de porções individualizadas), e) a quantidade de droga e f) as situações residuais dos maus antecedentes (...)” (HC 109168, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 14-02-2012). Na mesma linha de consideração: RHC 94806, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de

HC 109708 / SP

16-04-2010 e RHC 94802, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, DJe de 20-03-2009). Em sede doutrinária: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 122-126.

Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do *habeas corpus*, ação desprovida do direito ao contraditório, para reexaminar fatos e provas com vistas a refutar a conclusão fixada pelas instâncias ordinárias. De acordo com precedentes de ambas as Turmas desta Corte:

“(…) A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010. (...)”.

(HC 116961, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 17-10-2013).

No mesmo sentido: RHC 115223, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 05-06-2013; HC 113988, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 17-12-2012; HC 109853, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 03-11-2011; HC 91634, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ 05-10-2007.

Pertinente, ainda, a conclusão adotada no HC 104134, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 09-11-2011, no sentido de que, “uma vez configurada a associação para o tráfico, torna-se indevida a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006”. No mesmo sentido, o seguinte precedente desta Segunda Turma: RHC 111543, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 21-11-2013.

HC 109708 / SP

6. Pelo exposto, conheço parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, concedo a ordem, em parte, para restabelecer a sentença de primeiro grau, mantendo, todavia, o decotamento imposto pelo Tribunal de Justiça local atinente ao reconhecimento da confissão espontânea. É o voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 109.708

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S) : RICARDO DE OLIVEIRA

IMPTE.(S) : HELIO BIALSKI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, concedeu a ordem, em parte, para restabelecer a sentença de primeiro grau, mantendo, todavia, o decotamento imposto pelo Tribunal de Justiça local atinente ao reconhecimento da confissão espontânea, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. **2ª Turma**, 23.06.2015.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira
Secretária