

HABEAS CORPUS Nº 305.401 - SP (2014/0248829-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WESLEY SANCHES PINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY CARLOS CANDIDO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : WITALO MARCIO CANDIDO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ESTABILIDADE E VÍNCULO ASSOCIATIVO NÃO EVIDENCIADOS. IMPRESCINDIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL *A QUO* ANTE A EXISTÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA APENAS DO CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS. IMPOSSIBILIDADE. FIGURA DA ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO EXTINTA. REVOGAÇÃO PELA LEI N. 11.343/2006. CONDUTA ATÍPICA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. NEGATIVA PELA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS INDICANDO DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Diferentemente da figura da associação eventual para o tráfico, capitulada na antiga Lei 6.368/76, em que prescindível a prova da estabilidade e do vínculo associativo, somente se configura a associação para o tráfico, prevista no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, se houver efetiva comprovação do vínculo associativo, de forma estável, e não apenas eventual.

3. Ressalte-se que a associação eventual para o tráfico, prevista na antiga Lei de Drogas (Lei n. 6.368/76) como causa especial de aumento de pena, foi revogada expressamente pela Lei n. 11.343/2006, a qual passou a não mais considerar criminosa tal conduta, ocorrendo, na espécie, hipótese de *abolitio criminis*. Precedentes.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa. Precedentes.

5. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados. Precedentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para absolver o paciente da prática do delito de associação para o tráfico, prevista no art. 35 do CP, determinando, ainda, que o juízo das execuções – uma vez transitada em julgado a condenação – proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, com determinação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator