



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.011 - RJ (2018/0040719-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FERNANDO SERAFIM DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO. PROVAS LÍCITAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NECESSÁRIA REUNIÃO ESTÁVEL E DURADOURA DE PELO MENOS DUAS PESSOAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). APLICABILIDADE NA FRAÇÃO MÁXIMA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REDUÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O acolhimento do pedido da defesa de análise quanto à absolvição do delito de tráfico de drogas demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em *habeas corpus*. Ademais, com base nas provas dos autos, sobretudo a quantidade e a natureza de drogas apreendidas, o fato de o paciente portar um rádio comunicador e fogos de artifício, bem como o depoimento policial prestado, a Corte estadual entendeu que o paciente praticava tráfico de drogas.

3. As provas produzidas na fase de inquérito podem servir de instrumento para a formação da convicção do Juiz, desde que restem confirmadas por outros elementos colhidos durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, como no caso dos autos (AgRg no REsp 1327905/MA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 17/12/2012).

4. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico exige-se o concurso necessário de, ao menos, dois agentes e um elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável, o que difere do caso dos autos. Precedentes.

5. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Na hipótese em apreço, resta evidenciado o constrangimento ilegal, pois não houve comprovação de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, pois, além de ter sido absolvido pela prática de associação para o tráfico, a quantidade de drogas apreendidas foi pequena (9,8g de cocaína, e 24g de maconha), o que justifica, inclusive, a aplicação da minorante em seu patamar máximo (2/3), conforme o entendimento desta Quinta Turma.

6. Reduzida a pena ao patamar inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP) e em razão da primariedade do paciente e da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto.

7. O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos. Preenchidos os requisitos legais e sendo pequena a quantidade de drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida benesse.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente da prática do delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/06) e redimensionar a pena quanto ao delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06), reconhecendo a causa redutora de pena, tornando-a definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixando o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, revogando o acórdão quanto à execução provisória da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de maio de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.011 - RJ (2018/0040719-4)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FERNANDO SERAFIM DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de FERNANDO SERAFIM DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0081202-21.2016.8.19.0038).

Infere-se dos autos que o paciente foi absolvido pelo Juízo de primeiro grau, tendo sido condenado, posteriormente, em grau de apelação, pelo Tribunal de origem, pela prática do delito previsto nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas e associação para o tráfico), ambos da Lei n. 11.343/06, em concurso material, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.200 dias-multa. Foi determinada a expedição do mandado de prisão. Eis a ementa do julgado:

APELAÇÃO – Arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06 – Recurso do MP contra sentença absolutória sucinta, sem qualquer fundamentação que, desprezou a robusta prova produzida. O apelado foi preso em flagrante na Comunidade do Inferninho, Comendador Soares, Nova Iguaçu, quando guardava, para fins de tráfico, 9,8g de cocaína, distribuídos em 32 sacolés, e 24g de maconha, divididos em três tabletes e 26 sacolés, além de possuir um rádio transmissor e dois morteiros. A inicial aduz, ainda, que o recorrido estava associado com os demais integrantes da facção COMANDO VERMELHO. COM RAZÃO O MP. 1) Condenação pelos crimes previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, n/f 69 do CP: Cabimento. Conjunto probatório robusto. Materialidade e autoria delitivas positivadas através do Auto de Prisão em Flagrante, dos Autos de Apreensão, dos Laudos Periciais e da prova oral. Policiais militares responsáveis pela prisão flagrancial do apelado apresentaram versões coerentes quanto à dinâmica da ação criminosa. Idoneidade.

Súmula 70 do TJRJ. O acondicionamento e a quantidade são circunstâncias que indicam que as drogas, de fato, se destinavam ao vil comércio de entorpecentes. Caracterização do delito de associação para o tráfico. Circunstâncias que revelam o vínculo associativo, dada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também a impossibilidade de atuação isolada na venda de entorpecentes, apreendidos em local onde há atuação de facção criminosa notadamente conhecida pelo seu atuar violento. Provimento do recurso ministerial. Assim, fica o apelado FERNANDO SERAFIM DA SILVA condenado pela prática dos crimes capitulados nos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, n/f do art. 69 do Código Penal, à pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 1.200 (um mil e duzentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

**PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.
EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO (fl. 71).**

No presente *writ*, a impetrante sustenta, inicialmente, que as pequenas quantidades de drogas apreendidas (24g de maconha e 9,8g de cocaína) não sugerem a prática de narcotraficância, bem como, violando o art. 155 do Código de Processo Penal, a condenação fundou-se exclusivamente em prova inquisitorial. Afirmar também que o paciente é primário e possui bons antecedentes, o que não indica qualquer envolvimento em associações criminosas.

Subsidiariamente, aduz que o paciente faz jus ao redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em seu patamar máximo.

Alega que a fixação do regime inicial fechado carece de fundamentação idônea, porquanto baseado na gravidade abstrata do delito e em afirmações genéricas acerca de elementares do tipo. Invoca os verbetes ns. 719 das Súmulas do STF e 440 do STJ. Diz que deve ser substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Pugna, assim, em liminar, pela revogação do mandado de prisão expedido. No mérito, requer a absolvição das imputações do crime de tráfico e de associação ao tráfico e, subsidiariamente, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, bem como a fixação do regime inicial mais brando com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Indeferida a liminar às fls. 89/91, as informações foram prestadas às fls. 97/102 e o Ministério Público Federal, às fls. 104/108, manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.011 - RJ (2018/0040719-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a absolvição pela imputação dos delitos de tráfico e associação para o tráfico de drogas, com a consequente aplicação da minorante (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas) e fixação de regime prisional mais brando e substituição da pena por restritivas de direitos.

O paciente foi condenado pelo Tribunal *a quo* por tráfico de drogas e associação para o tráfico, à pena total de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, determinando a execução provisória da pena, sob os seguintes fundamentos:

Consta dos autos, conforme denúncia, em resumo, que “No dia 05 de setembro de 2016, por volta das 12hs, na Rua Simpatia, Comunidade do Inferninho, Comendador Soares, Nova Iguaçu, o denunciado, consciente e voluntariamente, guardava, para fins de tráfico, 9,88 (nove vírgula oito gramas) de Cloridrato de Cocaína, em 32 (trinta e dois) sacolés, além de 24g (vinte e quatro gramas) de Cannabis Sativa L, em 03 (três) tabletes, materiais considerados entorpecentes conforme o laudo de fls. 02, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Desde data que ainda não se pode precisar, sendo certo que até o dia 05 de setembro de 2016, na Comunidade do Inferninho, Nova Iguaçu, o denunciado, consciente e voluntariamente, associou-se com outros elementos não identificados, todos integrantes da facção criminosa autointitulada Comando Vermelho com o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico ilícito de drogas na referida comunidade.

Na ocasião, policiais militares em patrulhamento de rotina na localidade se depararam com o denunciado que estava sob uma pilha de pneus observando a comunidade, que é dominada pelo tráfico de drogas, com um rádio transmissor na cintura.

Realizada a abordagem foi encontrado próximo a ele um saco contendo os materiais entorpecentes acima descritos além de 2 morteiros usados comumente para avisar os demais integrantes do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico da chegada da polícia militar.

As circunstancias da prisão, a quantidade e a forma de acondicionamento da droga apreendida apontam que sua finalidade era a mercancia. ”

[...]

1) Cabível a condenação pelos crimes previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, n/f do art. 69 do CP:

Claramente equivocada a sentença que absolveu o apelado da imputação dos crimes de tráfico e associação, alegando fragilidade da prova.

Isto porque a materialidade e a autoria delitivas foram devidamente demonstradas através do Auto de Prisão em Flagrante, dos autos de apreensão, dos laudos periciais e da prova oral (docs. 07, 23, 29, 46, 107 e 135).

Consigne-se a importância da prova pericial, visto que o Laudo de Exame de Entorpecentes atestou que se tratam de 9,8g de cocaína, distribuídos em 32 sacolés, e 24g de maconha, divididos em três tabletes e 26 sacolés.

O Laudo de Descrição de Material, por sua vez, discriminou o rádio transmissor e os dois morteiros (do tipo “12 por 1”) encontrados em poder do apelado.

No que tange à versão apresentada pelo apelado em seu interrogatório (doc. 123), colhido em Juízo, tem-se por justificável, já que tal ato é meio de defesa.

Com efeito, o recorrido negou a prática criminosa e afirmou que foi abordado na rua pelos policiais militares em oportunidade em que estava procurando emprego.

O apelado alegou, ainda, que as drogas apreendidas não lhe pertenciam e que não sabe dizer porque os agentes da lei o confundiram com um traficante.

Ocorre que a versão apresentada pelo recorrido restou isolada diante das provas carreadas aos autos, não havendo dúvidas quanto à prática do crime de tráfico de drogas e associação, tendo em vista a forma de acondicionamento e quantidade dos entorpecentes, e a circunstâncias de sua prisão.

Neste sentido, o policial militar MARCELO DOS SANTOS LUIZ, que atuou na prisão do apelado, afirmou, em sede policial (doc. 13), que estava em patrulhamento na Comunidade do Inferninho, em Comendador Soares, Nova Iguaçu, juntamente com o policial VITOR LUIZ JOSÉ DA COSTA, quando viram o recorrido em atitude suspeita.

Disse, ainda, que ao se aproximar do apelado constatou que o mesmo estava em cima de uma pilha de pneus, em local que permitia uma visão de toda a comunidade, e que ao revistá-lo encontrou um rádio transmissor em sua cintura, bem como um saco contendo 32 sacolés de cocaína e 29 embalagens com maconha.

Por fim, esclareceu que próximo ao recorrido também havia duas unidades de fogos de artifício que são comumente usados para avisar sobre a chegada da Polícia na comunidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na mesma toada, o policial militar VITOR LUIZ JOSÉ DA COSTA asseverou, em Juízo, que também participou da ação que resultou na prisão do apelado, oportunidade em que estava na viatura com MARCELO DOS SANTOS LUIZ quando avistaram o recorrido correndo em um terreno.

Aduziu, ainda, que imediatamente seu colega de farda se dirigiu ao terreno e abordou o apelado, retornando, em seguida, para a viatura, com ele preso e de posse dos materiais que foram arrecadados próximos ao mesmo.

Ao fim, o agente da lei esclareceu que muito embora o local onde o recorrido foi capturado não seja conhecido como ponto de venda de drogas, o mesmo estava situado em lugar que lhe possibilitava uma ampla visão da comunidade, podendo assim avisar aos demais integrantes da súplica sobre a chegada da Polícia (doc. 107).

Registre-se, por oportuno, que não há qualquer indício de suspeição ou parcialidade dos policiais, e nenhuma prova foi feita que elidisse suas declarações, que merecem total credibilidade.

Neste cenário, veja-se que a alegação do Magistrado de primeiro grau de que não é possível fundamentar a condenação do apelado no depoimento do agente da lei não merece prosperar.

Isto porque o depoimento do policial é claro e minucioso, além de compatível com o afirmado por seu colega de farda em sede policial.

Revelou-se, assim, de forma inequívoca, que o apelado estava em comunidade dominada por facção criminosa que explora a mercancia de drogas, estando posicionado em local estratégico, de posse de farto material entorpecente, devidamente embalado para a venda, além de um rádio transmissor e fogos de artifício.

O fato de o policial responsável pela abordagem direta do recorrido não ter sido ouvido em Juízo não constitui obstáculo à condenação, eis que esclareceu os fatos no respectivo auto de prisão em flagrante e teve o teor de suas declarações corroboradas pelo seu colega de farda, que prestou depoimento em sede judicial.

Inquestionável, portanto, que as declarações dos militares comprovam a materialidade e autoria dos delitos tipificados, revestindo-se assim da necessária eficácia probatória.

A já desgastada tentativa de desacreditar os depoimentos dos agentes da lei não procede, eis que os mesmos devem ser avaliados no contexto probatório em que inseridos, mas sem prevenção ou preconceito em razão de seu ofício. Até porque os policiais conhecem as consequências de calar ou falsear a verdade.

[...]

Vale ressaltar que a qualidade da prova oriunda de depoimento de policial somente deve ser afastada se comprovado que, por alguma razão efetivamente demonstrada nos autos, tal agente não merece qualquer crédito em seu depoimento, o que não ocorreu no caso em comento.

Não há incoerência na testemunhal produzida sob o crivo do contraditório constitucional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A simples negativa dos fatos pelo apelado, durante o seu interrogatório, não basta para ilidir a imputação criminosa, sendo certo que todos os demais elementos probatórios constantes dos autos apontam com veemência para a autoria delitiva, de modo que é incontestado ter ele praticado as condutas delituosas descritas na denúncia.

Assim, caso fossem desconsideradas as declarações dos policiais, a uma estar-se-ia afrontando a presunção de credibilidade, de que gozam os agentes públicos no exercício de suas funções.

E, a duas, inviabilizar-se-ia, em termos práticos, a condenação de diversos criminosos, pois é cediço, diante da escalada da violência em nossa sociedade, que poucos são os cidadãos comuns que se arriscam a testemunhar acerca dos crimes de que têm notícia. Ou seja, com a chegada dos agentes policiais, o cidadão comum trata de sair do local da ocorrência.

Logo, impossível aceitar que os policiais militares, que não conheciam o apelado, tivessem interesse em prejudicá-lo, imputando-lhe, falsamente, os crimes em comento.

Ao contrário do que aduziu o Magistrado de primeiro grau, as declarações dos militares são complementares, uníssonas e compatíveis entre si, restando evidente o tráfico de entorpecentes.

Repise-se que o recorrido não produziu qualquer prova a embasar suas alegações, diante dos fatos que lhe foram imputados.

Assim, a tese perfilhada pelo apelado não deveria ter sido acolhida pelo Juízo a quo, eis que divorciada do restante do conjunto probatório.

Frise-se que o recorrido foi preso em flagrante, após ser abordado em local dominado por facção criminosa, com 9,8g de cocaína, distribuídos em 32 sacolés, e 24g de maconha, divididos em três tabletes e 26 sacolés, além de um rádio transmissor e dois morteiros.

Além disso, restou evidente que apesar de o local onde o apelado foi preso não ser conhecido como ponto de venda de drogas, o mesmo estava situado em lugar que lhe possibilitava uma ampla visão da comunidade, podendo assim avisar aos demais integrantes da súpica sobre a chegada da Polícia.

Tal peculiaridade vai ao encontro do fato de o recorrido atuar como “olheiro” da facção, além de vender drogas. Não por acaso, portava um rádio comunicador e fogos de artifício, além dos entorpecentes.

A verdade é que a quantidade, a natureza das substâncias entorpecentes e a forma de acondicionamento, aliadas às demais circunstâncias em que se deu a apreensão, trazem a certeza de que as drogas efetivamente se destinavam ao vil comércio de entorpecentes.

Deste modo, restou plenamente comprovada a prática do delito de tráfico de entorpecentes, devendo ser reformada a sentença para que o apelado seja condenado.

De outra parte, cabe frisar que a figura do tráfico privilegiado se revela absolutamente incompatível com os fatos em discussão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Comprovado que o apelado se dedicava à atividade de tráfico de drogas, o que não pode fazer sem integrar uma engrenagem criminosa, resta impossível tal concessão.

Como se observou, o recorrido foi encontrado com farta quantidade de drogas, posicionado em local estratégico, em comunidade dominada por facção criminosa, de posse de morteiros e rádio transmissor.

Assim, a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11343/06 somente poderia ser concedida se o agente preenchesse todos os requisitos elencados no artigo acima referido.

[...]

Logo, incabível a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Precisamente quanto ao crime de associação para o tráfico, verifica-se que a prisão do apelado ocorreu em contexto que demonstra tal associação, sendo prescindível a habitualidade no comércio ilícito de entorpecentes.

Impende consignar que os mesmos elementos probatórios antes referidos demonstram que o apelado se associou com o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, daí exsurgindo a figura típica prevista no art. 35 do mesmo diploma legal.

Pelas circunstâncias dos fatos restou bem caracterizado o vínculo associativo, dada também a impossibilidade de atuação isolada na venda de drogas, sobretudo pela quantidade e forma de acondicionamento dos entorpecentes (32 sacolés de cocaína e 29 embalagens de maconha).

Veja-se, nesta perspectiva, que a figura do traficante solitário não existe, sobretudo se este atua em comunidade notoriamente dominada por facção criminosa. Tanto é assim que o apelado trazia consigo, também, um rádio transmissor e dois morteiros.

Observe-se, a propósito, que rádios comunicadores e fogos de artifício são comumente utilizados por mercadores de drogas para avisar aos demais integrantes da malta sobre a chegada de policiais.

Evidenciadas, portanto, a materialidade, a autoria e a clara destinação das drogas para o tráfico de entorpecentes, bem como a associação entre o apelado e os demais indivíduos que compõem a facção criminosa que atua na localidade.

Deste modo, a sentença vergastada merece reparos, devendo ser o apelado condenado também pelo crime de associação para o tráfico.

Com razão, pois, o Ministério Público. Assim, não andou bem o Julgador monocrático e a condenação do apelado pelos crimes descritos na exordial acusatória se impõe.

Assim, dou provimento ao recurso ministerial e condeno FERNANDO SERAFIM DA SILVA pela prática dos crimes capitulados nos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, n/f do art. 69 do Código Penal, passando-se à dosimetria da pena nos seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos:

Art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06:

1ª fase: Não há circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fixo, portanto, a pena-base no mínimo legal em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

2ª fase: Não há agravantes ou atenuantes.

3ª fase: Não há causas de diminuição ou de aumento de pena, razão pela qual torno a sanção definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Art. 35, caput, da Lei nº 11.343/06:

1ª fase: Não há circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fixo, portanto, a pena-base no mínimo legal em 3 anos de reclusão e 700 dias-multa.

2ª fase: Não há agravantes ou atenuantes.

3ª fase: Não há causas de diminuição ou de aumento de pena, razão pela qual torno a sanção definitiva em 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Concurso material Na forma do art. 69 do Código Penal, as penas são somadas, totalizando 08 (oito) anos de reclusão e 1.200 (um mil e duzentos) dias-multa, no valor mínimo legal, à míngua de outras moduladoras.

De acordo com o artigo 49, §§ 1º e 2º do Código Penal, o valor do dia-multa é estabelecido em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal, vigente ao tempo do crime e atualizado por ocasião de sua execução.

É estabelecido o REGIME FECHADO para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, eis que o único compatível com o atuar do apelado, não podendo ser outro diferente, em razão da quantidade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, as quais inequivocamente se destinavam à traficância, além das circunstâncias do fato.

Por fim, condeno o apelado ao pagamento das custas judiciais e da taxa judiciária.

Fica o apelado FERNANDO SERAFIM DA SILVA condenado pela prática dos crimes capitulados nos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, n/f do art. 69 do Código Penal, à pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 1.200 (um mil e duzentos) dias-multa, no valor mínimo legal.

Voto pelo provimento do apelo ministerial.

EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO (fls. 73/84).

Dessa forma, com base nas provas dos autos, sobretudo a quantidade e natureza de drogas apreendidas, o fato do paciente portar um rádio comunicador e fogos de artifício, bem como o depoimento policial prestado, a Corte estadual entendeu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o paciente praticava tráfico de drogas. Para se afastar essa conclusão, é necessário o reexame aprofundado de provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/2. QUANTIDADE DE DROGA NÃO EXPRESSIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2.As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não podem ser apreciadas por este Corte Superior de Justiça, na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

3. Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

[...]

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo Execução (HC 430.087/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 07/03/2018).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar à conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

[...]

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegado (HC 414.049/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 27/03/2018).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ARGUMENTOS GENÉRICOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. MINORANTE. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME MENOS GRAVOSO. REPRIMENDA SUPERIOR A 8 ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. As instâncias ordinárias, ao concluírem pela condenação do paciente em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, apesar da absolvição dos corréus, apontaram elementos concretos constantes dos autos, entre eles a participação de terceira pessoa não identificada, bem como de menores (tanto que o acusado foi condenado pelo delito de corrupção de menores), de modo a autorizar a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas.

[...]

(HC 139.736/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 18/04/2016).

Ademais, no que se refere à prova inquisitória, verifica-se nos autos que o Juízo utilizou-se de outras provas, inclusive o depoimento de outro policial para concluir que o paciente praticava o tráfico de drogas, não havendo ilegalidade a ser sanada.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO E DE LESÃO CORPORAL CULPOSOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. TESE DE QUE A CONDENAÇÃO ESTÁ BASEADA APENAS EM PROVA OBTIDA NA FASE INQUISITORIAL. INEXISTÊNCIA. AGRAVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As provas produzidas na fase de inquérito podem servir de instrumento para a formação da convicção do Juiz, desde que restem confirmadas por outros elementos colhidos durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, como no caso.

2. A condenação não está fundamentada apenas na prova colhida ainda na fase inquisitorial, mas se amparou também na confissão do Réu, nos laudos técnicos, bem como na prova testemunhal produzida durante a instrução do processo, sob a garantia do contraditório.

3. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1327905/MA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 17/12/2012).

No que se refere ao delito de associação, é necessária a apreensão de pelo menos duas pessoas em concurso de agentes para restar caracterizado o delito, conforme dispõe o art. 35 da Lei n. 11.343/06, *verbis*:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

No mesmo sentido, trago à colação os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. REUNIÃO ESTÁVEL E PERMANENTE DE PELO MENOS DUAS PESSOAS. ABSOLVIÇÃO DO CORRÉU. CRIME DE CONCURSO NECESSÁRIO. CONDENAÇÃO DE SOMENTE UMA PESSOA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, 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, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

15/08/2012).

3. *In casu*, inocentado o corréu da prática de associação para o tráfico, não poderia a paciente ser condenada pelo referido delito, por ausência do elemento subjetivo exigido para sua caracterização (associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, crimes previstos nos arts. 12 ou 13 da Lei n. 6.368/1976), sendo essencial a reunião estável e permanente de mais de um agente com o dolo específico (tráfico de drogas).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de restabelecer a sentença de primeiro grau, especificamente no ponto referente à absolvição quanto ao delito de associação para o tráfico, e para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena (HC 264.585/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23/11/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA DROGA E DE LAUDO TOXICOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAR A MATERIALIDADE DELITIVA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REUNIÃO ESTÁVEL E DURADOURA DE PELO MENOS DUAS PESSOAS. CRIME DE CONCURSO NECESSÁRIO. SOMENTE UMA PESSOA DENUNCIADA E CONDENADA. ILEGALIDADE MANIFESTA.

1. A comprovação da materialidade do crime de tráfico de drogas depende da apreensão do entorpecente e da realização de laudo toxicológico definitivo. Precedentes da Sexta Turma.

2. No caso, nem sequer houve a apreensão da droga pretensamente oferecida para compra.

3. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, dispensável tanto a apreensão da droga como o respectivo laudo. É exigível, porém, o concurso necessário de, ao menos, dois agentes e um elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Precedentes.

4. Na espécie, somente uma pessoa foi denunciada e condenada por associação para o tráfico, o que é inviável. Além disso, não ficou efetivamente caracterizada a conduta delitiva. Constrangimento ilegal evidente.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem expedida de ofício para restabelecer a sentença (HC 137.535/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 07/08/2013).

Dessa forma, imperiosa a absolvição do paciente quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas, passando a análise da dosimetria quanto ao delito de tráfico de drogas.

Na hipótese, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multas. Sem causas atenuantes ou agravantes, permanece inalterada a pena-base.

Na terceira fase, nota-se que a causa redutora de pena não foi aplicada em razão da condenação por associação para o tráfico.

A respeito da causa redutora de pena, como cediço, o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas disciplina a incidência de causa especial de redução da pena, hipótese denominada pela doutrina como "tráfico privilegiado". O dispositivo contém a seguinte redação:

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sendo assim, para que o réu possa ter o benefício da diminuição, deverá cumprir, cumulativamente, 4 requisitos, quais sejam: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não se dedicar às atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Os dois pressupostos iniciais são de avaliação estritamente objetiva, basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto às duas últimas condições, a análise envolve apreciação subjetiva do Magistrado processante, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, para aferir se o apenado dedica-se às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Dessa forma, na hipótese dos autos, resta evidenciado o constrangimento ilegal, pois não houve comprovação de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, pois, além de ter sido absolvido pela prática de associação para o tráfico, a quantidade de drogas apreendidas foi pequena (9,8g de cocaína, e 24g de maconha), o que justifica, inclusive, a aplicação da minorante em seu patamar máximo (2/3), conforme o entendimento desta Quinta Turma.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICABILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APREENDIDA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa. 3. É manifestamente desproporcional a redução da pena em 1/3, pela incidência da referida minorante, com fulcro na natureza da droga e na alegação genérica da gravidade do delito, quando ínfima a quantia de entorpecente apreendido (2,32 g de crack), aliada ao fato de que o paciente é primário, de bons antecedentes e não há prova de que se dedica habitualmente a atividades delitivas. Aplicação do índice de diminuição em 2/3. Precedente.

4. O pedido de alteração do regime prisional está superado, pois o paciente já se encontra no regime aberto, segundo informações do Juízo de origem.

5. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no grau máximo (2/3), tornando a pena definitiva do paciente em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como para substituir a sanção corporal por pena restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução (HC 302.732/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/05/2017).

Destarte, reduzo a pena (5 anos de reclusão e 500 dias-multa) em 2/3, com base no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, fixando-a em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multas.

Restando a pena reduzida a patamar inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP) e em razão da primariedade do paciente, das circunstâncias judiciais serem favoráveis, a pena-base fixada no mínimo legal e da quantidade de drogas ter sido pequena, o regime a ser imposto deve ser o aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

II - Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 62.627/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/4/2016).

No que se refere à substituição da pena por restritiva de direitos, observo que restam preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, merecendo reparo o acórdão impugnado também quanto a esse ponto. Confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 porção de maconha (17,770g), 2 pinos de cocaína (1,61g) e 3 pedras de crack (2.07g), a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença proferida no Juízo de primeiro grau (HC 354.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

CONSTITUCIONAL E PENA. HC. RECEPÇÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO DESMOTIVADO. SÚMULA/STJ 440. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Colegiado de origem não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de receptação, não se mostra razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. Assim, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

4. Nos termos do art. 44 do Estatuto Repressor Penal, se aplicada pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão e o crime não houver sido praticado mediante violência ou grave ameaça, desde que o réu não seja reincidente pela prática de crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, bem como os motivos e circunstâncias do crime indicarem a suficiência da medida, poderá a sanção corporal ser convertida em restritiva de direitos. Precedentes.

5. Malgrado preenchidos os requisitos do art. 44 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, verifica-se não que o acórdão condenatório olvidou-se de analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo a condenação transitado em julgado.

6. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juiz das Execuções Criminais (HC 348.418/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/05/2016).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para absolver o paciente da prática do delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/06) e redimensionar a pena quanto ao delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06), reconhecendo a causa redutora de pena, tornando-a definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, fixando o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, revogando o acórdão quanto à execução provisória da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0040719-4

HC 438.011 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00812022120168190038 05306612016 5306612016 812022120168190038

EM MESA

JULGADO: 17/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: FERNANDO SERAFIM DA SILVA (PRESO)

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.