



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.022 - RJ (2018/0040732-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
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 : VALTER DOS SANTOS LEITE (PRESO)
PACIENTE : LUAN MAURICIO SANTOS GOMES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. 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 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.

2. Tendo as instâncias de origem reconhecido que os pacientes integravam a associação criminosa conhecida como "Comando Vermelho", sendo que um deles era responsável por entregar as drogas aos usuários, ao passo que o outro tinha o encargo de controlar os valores obtidos com o comércio proscrito, está caracterizado o delito de associação para o tráfico, afastando-se a coação ilegal suscitada na impetração.

3. Para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo, como pretendido no *writ*, seria necessário o exame aprofundado do conjunto probatório produzido nos autos, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*.

PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. ACUSADOS CONDENADOS PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RÉUS CONDENADOS À SANÇÃO SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A condenação pelo crime de associação para o tráfico de entorpecentes demonstra a dedicação dos pacientes a atividades ilícitas e a participação em associação criminosa, autorizando a conclusão pelo não preenchimento dos requisitos legalmente exigidos para a concessão da benesse. Precedentes.

2. Restando inalterada a reprimenda cominada aos réus, qual seja, 8 (oito) anos de reclusão, é impossível a sua substituição por sanções restritivas de direitos, uma vez que não preenchido o requisito objetivo previsto no artigo 44 do Estatuto Repressivo.

REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS. ELEMENTOS PRÓPRIOS DOS TIPOS PENAIS INFRINGIDOS. DESCABIMENTO. ENUNCIADOS 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Nos termos dos verbetes 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

2. No caso dos autos, o regime fechado foi fixado e mantido com base apenas na gravidade abstrata dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico assestados aos pacientes, sendo certo, outrossim, que a quantidade de droga com eles apreendida não é significativa, o que não é suficiente para justificar o modo mais severo de resgate da sanção.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena cominada aos pacientes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.022 - RJ (2018/0040732-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
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 : VALTER DOS SANTOS LEITE (PRESO)
PACIENTE : LUAN MAURICIO SANTOS GOMES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de VALTER DOS SANTOS LEITE e LUAN MAURICIO SANTOS GOMES, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação n. 0002239-29.2016.8.19.0028.

Noticiam os autos que os pacientes foram condenados à pena de 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, mais pagamento de 1200 (mil e duzentos) dias-multa, como incursos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido desprovido.

Sustenta a condenação dos réus pelo crime de associação para o tráfico teria sido mantida sem que houvesse provas de que o vínculo entre eles era estável e permanente.

Alega que os pacientes teriam sido acusados de praticar o delito previsto no artigo 35 da Lei de Drogas simplesmente porque foram abordados em uma área supostamente dominada por uma facção criminosa.

Afirma que, uma vez absolvidos do ilícito em questão, os réus fariam jus à causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, o que ensejaria a substituição da reprimenda reclusiva por restritiva de direitos.

Adverte que o modo mais gravoso de execução teria sido fixado sem fundamentação idônea.

Requer a concessão da ordem para que os pacientes sejam absolvidos do crime de associação para o tráfico, aplicando-se a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, ou, subsidiariamente, para que seja estabelecido o regime semiaberto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o resgate da sanção privativa de liberdade.

O Ministério Público Federal, às fls. 102/108, manifestou-se pela não concessão da ordem pretendida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.022 - RJ (2018/0040732-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a absolvição dos pacientes pelo crime de associação para o tráfico, bem como a revisão da dosimetria da pena que lhes foi imposta.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Segundo consta da denúncia, policiais militares realizavam patrulhamento da Praça do Pinche, Parque Aeroporto, quando avistaram os acusados e a testemunha Antônio, ocasião em que LUAN estava com uma sacola nas mãos, contendo parte do entorpecente apreendido (e-STJ fl. 18).

Ao avistar os agentes, LUAN jogou a sacola nas mãos de Antônio, que, por sua vez, jogou-a no chão (e-STJ fl. 18).

Os réus e a testemunham foram abordados, oportunidade em que os milicianos arrecadaram a sacola, na qual estava acondicionada parte do tóxico apreendido, bem como R\$ 80,00 (oitenta reais) em espécie, em poder do paciente VALTER, quantia proveniente do tráfico de drogas (e-STJ fl. 18).

Os policiais encontraram, ainda, outra sacola próxima aos acusados, na qual estava o restante do material entorpecente, tendo LUAN informado que em sua residência havia dinheiro obtido com o comércio proscrito, razão pela qual se dirigiram ao local indicado e lá arrecadaram R\$ 220,00 (duzentos e vinte reais) em espécie.

Feitos tais esclarecimentos, cumpre trazer à baila o artigo 35 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, que se encontra assim redigido:

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.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Diante da expressão "reiteradamente ou não", contida no *caput* do referido dispositivo legal, há que se perquirir se para a caracterização da associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável.

Samuel Miranda Arruda bem esclarece a questão:

"O legislador, ao descrever o tipo penal, exigiu apenas que os associados tivessem o fim de praticar 'reiteradamente ou não' qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1.º, e 34 da Lei. Surge, portanto, a questão de saber se este crime, ao exemplo do de formação de quadrilha, demanda também certa estabilidade e continuidade da associação. É que uma interpretação literal da norma pode conduzir à conclusão de que não é necessária uma união duradoura entre os associados, bastando que tenha havido um concurso eventual de desígnios: a reunião de esforços para a prática de um único crime isolado.

Na vigência da Lei 6.368 essa questão se tornava ainda mais difícil, pois conviviam duas normas bastante assemelhadas: o artigo 14, que tipificava a associação para o tráfico, e o dispositivo previsto no artigo 18, III, que considerava como causa de aumento de pena haver o crime decorrido de 'associação'. Ora, mas se a 'associação' já era punida como crime autônomo, nos termos do artigo 14, como considerá-la simultaneamente uma causa de aumento de pena?

Surgiu assim o entendimento de que o delito de associação para o tráfico requeria o animus de integrar uma sociedade criminosa, com certa estabilidade, havendo um propósito duradouro de manter uma parceria para a prática do tráfico de drogas. A reunião esporádica de agentes, com a finalidade de praticar um crime certo e determinado, dava ensejo apenas à majoração da pena, nos termos do artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

18, inc. III." (Drogas. Aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Método, 2007, p. 76).

E continua, tratando do tema já sob a óptica da Lei 11.343/2006:

"A Lei 11.343 não prevê mais causa de aumento de pena para os casos em que o crime é praticado em concurso. E voltou a consignar, expressamente, que a associação para o tráfico perfaz-se com a reunião dos agentes, não exigindo que tenham o fim reiterado de praticar os crimes. Indaga-se: é possível considerar consumado o delito quando houver concurso de agentes para a prática de um único delito de tráfico, sem que haja o animus de manutenção da parceria? Continuamos entendendo que o tipo penal exige a estruturação de uma pequena sociedade criminosa. Não para a prática de um crime certo, mas sim com o propósito de traficar drogas com certa habitualidade ou pelo menos com o propósito de manter em funcionamento uma associação criminosa. É até possível que os associados pratiquem apenas um único crime, ou nem mesmo cheguem a cometer infração penal, mas é imprescindível que esteja presente a intenção de manter o vínculo entre os membros da organização." (Op. cit., p. 77).

Por sua vez, ao interpretar o núcleo do tipo inserto no artigo 35 da Lei de Drogas, Guilherme de Souza Nucci destaca a necessidade de prova de estabilidade e permanência da associação criminosa:

"Associarem-se (reunirem-se, juntarem-se) duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar (realizar, cometer) os crimes previstos nos arts. 33, caput, e § 1.º, e 34 da Lei 11.343/2006. É a quadrilha ou bando específica do tráfico ilícito de entorpecentes. (...) Demanda-se a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa." (Leis Penais e Processuais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 365).

O citado doutrinador prossegue, ao cuidar do elemento subjetivo do tipo, aduzindo que se exige o "elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo art. 14 da Lei 6.368/76) é fundamental que os sujeitos se reúnam com o propósito de manter uma meta comum" (Op. cit., p. 366).

No mesmo sentido, Renato Marcão afirma que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Não basta, não é suficiente, portanto, para a configuração do tipo penal previsto no art. 35, a existência do simples dolo de agir conjuntamente, em concurso, na prática de um ou mais crimes. É imprescindível a verificação de dolo distinto, específico: o dolo de associar-se de forma estável." (Tóxicos. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas. Anotada e Interpretada. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227).

Podem ser citadas, também, as posições de Carlos Roberto Bacila, para quem há *"necessidade de caracterização da estabilidade da associação, conforme já se manifestaram doutrina e o STF e o STJ"* (Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 135), de Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues, que asseveram que o crime de associação se consuma *"no momento em que duas ou mais pessoas se ligam com ânimo de permanência e estabilidade para o fim de cometer crimes descritos nos artigos 33, caput, 33, § 1º e 34 da Lei 11.343/06"* (Nova Lei de Drogas: Comentários à Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 79), e de Edemur Ercílio Luchiarri e José Geraldo da Silva, que lecionam que *"a configuração do delito depende da associação estável e permanente"*, sendo que se for *"ocasional e transitória, estará caracterizado o concurso eventual de agentes"* (Comentários à Lei 11.343/06. Campinas: Millennium, 2007, p. 57).

Em arremate, merece menção a advertência feita por Luiz Flávio Gomes, no sentido de que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006.

"A lei revogada previa uma causa de aumento quando a associação fosse eventual (sem estabilidade), é dizer, mero concurso de agentes. A atual aboliu essa majorante, mudança que deve retroagir em benefício do agente, alcançando fatos pretéritos, ainda que acobertados pelo manto da coisa julgada (art. 2.º, parágrafo único, do CP). Nem se diga que, agora, a mera reunião ocasional de duas ou mais pessoas passou a subsumir-se ao tipo penal em estudo. A uma, porque a redação do crime autônomo da associação para o tráfico (antigo art. 14, agora art. 35) não mudou sua redação. A duas, porque a cláusula 'reiteradamente ou não', somente significa que a reunião deve visar a prática de crimes futuros (espírito do art. 288 do CP), não dispensando, de modo algum, a estabilidade. A três, porque é do nosso sistema penal (sem exceções)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punir o mero concurso de agentes como agravante, causa de aumento ou qualificadora do crime, jamais como tipo básico, um delito autônomo." (Lei de Drogas Comentada. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 208/209).

Na espécie, o magistrado singular afirmou que "o caráter estável e duradouro do vínculo associativo dos réus, portanto, é extraído do fato notório de que nos locais dominados por facções criminosas, a produção e venda de drogas são monopolizadas pelo grupo criminoso, que coíbe e reprime cruelmente quem tenciona praticá-la de forma autônoma e independente" (e-STJ fl. 40).

Explicou que "pela própria forma violenta como atua a associação criminosa que domina os pontos de venda de drogas na comunidade, seria impossível que os denunciados atuassem naquele local sem integrar a quadrilha", acrescentando que "a divisa de tarefas encetadas pelos denunciados, já que o acusado Luan tinha a função de repassar a droga ao usuário enquanto o réu Valter ficava com a incumbência de arrecadar o dinheiro, reforça o vínculo criminoso entre os réus e a facção criminosa que domina o local" (e-STJ fls. 40/41).

Assentou que, "considerando-se, então, a quantidade de envolvidos, a abundância de drogas apreendidas, sua forma de acondicionamento, a arrecadação de dinheiro e o local dos fatos, notoriamente dominado por perigosa facção criminosa, tem-se comprovado o caráter estável e duradouro do vínculo associativo" (e-STJ fl. 41).

Por sua vez, após analisar os elementos de convicção reunidas no curso do feito, a autoridade impetrada consignou que "o conjunto probatório, portanto, é firme para embasar um juízo de reprovação também quanto ao injusto de associação para o tráfico, em especial o depoimento dos policiais militares", salientando que "os agentes da lei enfatizaram que o local onde ocorreram os fatos é de alta incidência do tráfico de drogas, sendo dominado pela violenta facção criminosa 'comando vermelho'", notando-se, "pelos depoimentos dos policiais militares que resplandesce que os acusados eram companheiros e estavam juntos a fim de praticarem o comércio ilícito de drogas" (e-STJ fl. 90).

Ressaltou que "a incursão policial feita em local conhecido como sendo de venda de drogas, a evasão dos recorrentes ao avistarem os agentes da lei, e a subsequente prisão em flagrante, a quantidade, a forma de acondicionamento das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas arrecadadas, constituem provas serenas e indenies de dúvidas, tanto para o crime de tráfico quanto para o de associação para o tráfico de drogas" (e-STJ fl. 91).

Assim, tendo as instâncias de origem reconhecido que os pacientes integravam a associação criminosa conhecida como "Comando Vermelho", sendo que um deles era responsável por entregar as drogas aos usuários, ao passo que o outro tinha o encargo de controlar os valores obtidos com o comércio proscrito, e a admitido como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, não há que se falar em absolvição no que diz respeito ao referido ilícito.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DAS DROGAS. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CRITÉRIO MATEMÁTICO FIXO. CRIMES COM PENAS DIVERSAS. VIOLAÇÃO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ.

Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico restaram plenamente caracterizados. Reportando-se a elementos múltiplos de convicção, a sentença considerou a associação estável do paciente para a prática do crime de tráfico de drogas. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de absolvição, 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.

(...)

6. Ordem parcialmente concedida a fim de reduzir a pena do paciente, quanto aos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, para o total de 14 anos, 2 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 2.041 dias-multa, no valor unitário mínimo.

(HC 385.007/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-PROBATÓRIA INVIÁVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. (...) AGRAVO NÃO PROVIDO.

- 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. 11.343/2006. Na espécie, tendo a Corte local, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, constatado que os agravantes praticaram o delito de associação para o tráfico, é inviável desconstituir tal premissa em sede de habeas corpus, diante da necessidade de revolvimento fático-probatório, vedado na estreita via do mandamus, de cognição sumária.

Precedentes.

(...)

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 420.808/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

No mesmo norte, colhe-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal

Federal:

*Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...) ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CARACTERIZADOS OS ELEMENTOS TIPIFICANTES. (...) 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.** (...) Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido, em parte.*

(HC 109708, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015)

Portanto, havendo nos autos elementos de prova aptos a comprovar que os acusados estariam associados de forma estável e permanente, e estando essa condição expressamente consignada no acórdão impugnado, resta caracterizado o delito de associação para o tráfico, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal quanto ao ponto.

Ademais, a análise da ocorrência ou não da permanência ou estabilidade para a tipificação do referido delito demandaria a incursão no contexto fático-probatório, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.(...) WRIT NÃO CONHECIDO.

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 pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico de drogas, sob a alegação de que o paciente não estava associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de habeas corpus. Precedentes.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 418.838/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 16/02/2018)

No tocante à almejada redução da reprimenda cominada aos réus, sabe-se que o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; **c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.**

Desse modo, mantida a condenação dos pacientes pelo crime de associação para o tráfico, é impossível a incidência da causa de diminuição da pena em apelo, consoante tem decidido este Sodalício:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DESCRITA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DESCABIMENTO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

II - O eg. Tribunal de origem, mantendo a sentença condenatória, entendeu estarem presentes provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime de associação para o tráfico. Rever este



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento para absolver a paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus.

III - A manutenção da condenação pelo crime de associação para o tráfico inviabiliza a aplicação da minorante, descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, que exige a não participação em organização criminosa e a não dedicação à atividade criminosa.

(...)

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 440.698/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 15/06/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

(...)

3. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte Superior, é incabível a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o réu é também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, como na hipótese dos autos. Incidência da Súm. n. 83/STJ.

(...)

5. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no AREsp 1136455/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018)

Por outro lado, restando inalterada a reprimenda cominada aos réus, qual seja, 8 (oito) anos de reclusão, é impossível a sua substituição por sanções restritivas de direitos, uma vez que não preenchido o requisito objetivo previsto no artigo 44 do Estatuto Repressivo.

Finalmente, quanto ao pleito de abrandamento do modo de execução da sanção reclusiva, extrai-se do édito repressivo que o regime fechado foi fixado "em razão da quantidade de pena aplicada e das circunstâncias do crime, praticado em região notoriamente dominada por perigosa facção criminosa" (e-STJ fl. 46).

A Corte Estadual manteve o modo mais gravoso porque "na hipótese concreta, as circunstâncias da prisão, e a quantidade e a forma de acondicionamento das drogas, o justificam, porquanto evidenciam que, regime mais brando, não será suficiente à ressocialização e reeducação do condenado" (e-STJ fl. 95).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da leitura de tais passagens, observa-se que o regime fechado foi fixado e mantido com base apenas na gravidade abstrata dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico assestados aos pacientes, sendo certo, outrossim, que a quantidade de droga com eles apreendida não é significativa - 45,70 gramas de cocaína -, o que não é suficiente para justificar o modo mais severo de resgate da sanção.

Nesse sentido são os enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Portanto, fixada a reprimenda em 8 (oito) anos de reclusão, mostra-se viável o estabelecimento do modo inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. MODO SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O réu era tecnicamente primário ao tempo do delito, foi definitivamente condenado a reprimenda superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão e a quantidade de droga apreendida não foi tão expressiva, de modo que o regime inicial semiaberto é, efetivamente, o que se mostra o mais devido no caso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Embora altamente nociva a substância entorpecente apreendida em poder do acusado (crack), a quantidade de drogas não foi demasiadamente elevada a ponto de, por si só, ensejar a necessidade de imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 416.345/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (...) ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INVIÁVEL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA ESTATAL MAIS INCISIVA. (...) AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

- Embora a pena da paciente tenha sido fixada em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto mostra-se suficiente e adequado para o início do cumprimento da reprimenda, não apenas em razão da existência de circunstância judicial desfavorável - circunstâncias do delito -, mas também devido à quantidade e natureza do entorpecente apreendido - 4,070kg de cocaína -, de reconhecida nocividade, circunstância essa que, inclusive, serviu para a não incidência da minorante pelo tráfico privilegiado, a merecer uma resposta estatal mais incisiva.

(...)

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 441.035/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena cominada aos pacientes.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0040732-3

HC 438.022 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022392920168190028 123017472016 22392920168190028

EM MESA

JULGADO: 02/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

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	: VALTER DOS SANTOS LEITE (PRESO)
PACIENTE	: LUAN MAURICIO SANTOS GOMES (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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.