



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.887 - RJ (2011/0084810-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : RODRIGO AZAMBUJA MARTINS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CRISTIANO SALVADOR DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. (1) ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ANIMUS ASSOCIATIVO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REAPRECIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. (2) DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. REGIME INICIAL DIVERSO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENA TOTAL SUPERIOR A 08 ANOS E PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Paciente condenado à pena total de 09 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, porque preso em flagrante no dia 22/01/2009, juntamente com um Corréu, com 19 invólucros de cocaína na forma de *crack*, 02 pedras da mesma substância (35,0g), uma balança de precisão, vários saquinhos plásticos, rolo de fita adesiva, uma faca pequena, além de R\$ 600,00.

2. *"Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal"* (HC 236.731/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 28/06/2012).

3. As instâncias ordinárias, ao analisarem as provas carreadas aos autos, restaram convictas quanto à configuração do delito do art. 35 da Lei n.º 11.343/06. Rever tal posição, principalmente, mediante a aferição da suposta ausência de *animus* associativo, demandaria inevitável reexame da matéria fática da causa, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.

4. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, já que o acórdão impugnado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de Réu que integrava organização criminosa e se dedicava à atividade delitiva de mercancia de drogas.

5. A via estreita do *habeas corpus* é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

6. *"Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, como na hipótese, a atenuante prevista*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 65, inciso III, alínea "d", do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial" (AgRg no Ag 1242578/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 14/11/2012).

7. Inviável a fixação de regime inicial diverso do fechado ou a substituição da sanção privativa de liberdade, em se considerando a pena total aplicada ao Paciente (superior a 08 anos) e a existência de circunstância judicial desfavorável. Inteligência dos arts. 33, §§ 2.º, alínea *a*, e 3.º, e 44, inciso I e III, ambos do Código Penal.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida para, mantida a condenação, reconhecer a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a sanção total do Paciente para 08 anos e 06 meses de reclusão, mais o pagamento de 1250 dias-multa.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de março de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.887 - RJ (2011/0084810-5)

IMPETRANTE : RODRIGO AZAMBUJA MARTINS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CRISTIANO SALVADOR DE SOUZA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de CRISTIANO SALVADOR DE SOUZA, contra acórdão proferido, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (APC n.º 0001809-66.2009.8.19.0014).

O Paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso nos arts. 33, 34 e 35, todos da Lei n.º 11.343/06, porque preso em flagrante no dia 22/01/2009, juntamente com um Corréu, com 19 invólucros de cocaína na forma de *crack*, 02 pedras da mesma substância (35,0g), uma balança de precisão, vários saquinhos plásticos, rolo de fita adesiva, uma faca pequena, além de R\$ 600,00.

A Corte *a quo*, por sua vez, reformou parcialmente a sentença condenatória, nos seguintes termos: absolveu o Paciente pela prática do delito do precitado art. 34 e redimensionou as penas dos outros crimes, fixando-as em 06 anos de reclusão, mais 600 dias-multa, para o delito de tráfico de drogas, e 03 anos de reclusão, mais 700 dias-multa, para o de associação para tráfico, em regime inicial fechado.

No presente *writ*, sustenta-se que não estaria configurado o delito do art. 35 da Lei de Tóxico, ao argumento de que se reputou "*comprovado o vínculo associativo do paciente e o outro corréu em razão do depoimento de policiais militares, embasado exclusivamente em denúncias anônimas*" (fl. 03).

Defende-se, outrossim, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, bem como incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea, além da fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade.

Postula-se, assim, a reforma da condenação nos pontos acima delineados.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 348/358, opinando pela "*concessão parcial da ordem, para que seja aplicada a atenuante referente à confissão*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espontânea." (fl. 358).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.887 - RJ (2011/0084810-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. (1) ALEGADA INEXISTÊNCIA DE *ANIMUS* ASSOCIATIVO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REAPRECIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. (2) DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. REGIME INICIAL DIVERSO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENA TOTAL SUPERIOR A 08 ANOS E PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Paciente condenado à pena total de 09 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, porque preso em flagrante no dia 22/01/2009, juntamente com um Corréu, com 19 invólucros de cocaína na forma de *crack*, 02 pedras da mesma substância (35,0g), uma balança de precisão, vários saquinhos plásticos, rolo de fita adesiva, uma faca pequena, além de R\$ 600,00.

2. *"Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal"* (HC 236.731/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 28/06/2012).

3. As instâncias ordinárias, ao analisarem as provas carreadas aos autos, restaram convictas quanto à configuração do delito do art. 35 da Lei n.º 11.343/06. Rever tal posição, principalmente, mediante a aferição da suposta ausência de *animus* associativo, demandaria inevitável reexame da matéria fática da causa, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.

4. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, já que o acórdão impugnado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de Réu que integrava organização criminosa e se dedicava à atividade delitiva de mercancia de drogas.

5. A via estreita do *habeas corpus* é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

6. *"Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, como na hipótese, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integral ou parcial" (AgRg no Ag 1242578/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 14/11/2012).

7. Inviável a fixação de regime inicial diverso do fechado ou a substituição da sanção privativa de liberdade, em se considerando a pena total aplicada ao Paciente (superior a 08 anos) e a existência de circunstância judicial desfavorável. Inteligência dos arts. 33, §§ 2.º, alínea *a*, e 3.º, e 44, inciso I e III, ambos do Código Penal.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida para, mantida a condenação, reconhecer a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a sanção total do Paciente para 08 anos e 06 meses de reclusão, mais o pagamento de 1250 dias-multa.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Como acima relatado, o Paciente foi condenado à pena total de 09 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, porque preso em flagrante no dia 22/01/2009, juntamente com um Corréu, com 35g de cocaína na forma de *crack*

Analiso, separadamente, os pedidos deduzidos na presente impetração.

(1) Da não configuração do delito do art. 35 da Lei n.º 11.343/06

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a condenação do Paciente, pela prática do crime de associação para o tráfico, mediante a seguinte fundamentação:

"[...]

Com efeito, não há nenhuma razão para desprestigiar o depoimento dos milicianos, até porque não existe nos autos qualquer indício que possa desabonar seus testemunhos, ou comprovação de que fossem desafetos dos recorrentes, ou quisessem indevidamente prejudicá-los.

Prosseguindo o exame dos requerimentos defensivos, verifica-se que a autoria e a materialidade do delito previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06 restaram satisfatoriamente comprovadas, havendo nos autos prova suficiente que indique que os apelantes estavam associados, de forma estável e duradoura, para a exploração do tráfico ilícito de drogas.

Cabe citar parte do depoimento do PM Fábio Silva (fls. 159/160):

'(...) que o depoente não tem ciência da existência de uma facção em específico que controle o local, mas pode esclarecer que ali se vende droga com frequência; que já conhecia os acusados de outras abordagens; que os acusados já foram abordados próximos a ponto de venda de drogas, mas na ocasião nada foi encontrado; que em outras ocasiões os acusados estavam próximos a pontos de venda de drogas, mas, lograram êxito em fugir da viatura policial; que o depoente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

voluntariamente salientou que o irmão do acusado Carlos Vitor não foi detido porque os dois acusados confessaram a posse do material entorpecente e disseram que Juan nada tinha a ver com o tráfico de drogas (...) (...) que tinham conhecimento de que os acusados faziam parte do tráfico através de informações realizadas por colaboradores que mencionavam os vulgos já citados nesta assentada; que tais informações sobre a participação dos acusados no tráfico de drogas já vinham sendo coletadas há aproximadamente cinco ou seis meses (...)'

Bem como pelo depoimento do PM Alexandre Rosa Dias (fls. 161/163):

'(...) que a equipe já conhecia os acusados em razão de patrulhamentos constantes realizados na localidade que é conhecida como sendo ponto de venda de drogas; que os réu já foram abordados anteriormente, mas, até então nada tinha sido encontrado; que outras vezes os réus conseguiram fugir e sequer foram abordados; que o depoente tem ciência da existência de outras denúncias anônimas envolvendo os acusados; que uma outra guarnição da PM logrou êxito em arrecadar drogas num determinado local dentro da localidade onde os fatos se deram e a denúncia anônima dava conta, naquela ocasião, de que a droga era do acusado Carlos Vitor, que tem havia tráfico de drogas na localidade dos fatos há aproximadamente sete ou oito meses; que o tráfico se originou na localidade da Penha e foi se estendendo para o local dos fatos que fica bem próximo da Penha; que o depoente salienta que a informação sobre o tempo que vem sendo praticado o tráfico de drogas naquela localidade não é precisa; que este é o tempo que o depoente tem ciência, mas não sabe ao certo se já vinha com o tráfico de drogas há mais tempo do que o citado (...) (...) que indagado sobre eventual facção que controla o local, o depoente esclareceu que a Penha sempre foi uma localidade onde o tráfico se dava de forma independente das facções que controlam a favela do Tira-Gosto (CV) e favela da Baleeira (ADA); que a Penha era controlada por um traficante conhecido como Giovane que veio a ser morto; que se iniciou uma disputa por venda de drogas naquela localidade; que até onde o depoente tem conhecimento o traficante que assumiu a Penha é conhecido como 'Champola' está foragido; que foi cumprido um mandado de busca e apreensão em sua residência recentemente, não sabendo o depoente se houve expedição de mandado de prisão contra a sua pessoa; que em razão da ausência de 'Champola' na localidade, o tráfico vem sendo controlado por um traficante de nome Cristóvão, não sabendo se este assim o faz em nome de 'Champola' (...)

Sendo assim, tem-se delineado o animus associativo dos apelantes, uma vez que a vontade de ambos os recorrentes se firmava com dolo específico de se reunirem para o exercício das atividades de traficância, haja vista, informações de que na localidade o tráfico ocorre de forma independente ddas facções que controlam a favela.

Diz o artigo 35 da Lei nº 11.343/06 que: 'Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não qualquer dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 desta Lei.'

A nossa jurisprudência é pacífica no sentido de que para configurar o crime de associação para o tráfico é preciso que duas ou mais pessoas se associem de forma duradoura e não eventual, e, pelo que se depreende dos depoimentos dos Policiais Militares, os apelantes já eram conhecidos na localidade como traficantes, uma vez que os Policiais já tinham recebidos outras denúncias, dando conta dos vulgos acusados.

A atividade de 'endolar' drogas, é típica daqueles que têm uma maior responsabilidade no mundo das drogas, é notável a existência de liame subjetivo entre os acusados, configurando a prática da conduta prevista no artigo 35, da Lei 11.343/06.

In casu, é evidente que não se trata de associação ocasional, transitória, esporádica, restando configurado o delito de associação.

[...]" (fls. 160/163)

De início, "[c]onforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal" (HC 236.731/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 28/06/2012).

No caso dos autos, as instâncias ordinárias, ao analisarem as provas carreadas aos autos, restaram convictas quanto à configuração do delito do art. 35 da Lei n.º 11.343/06. Rever tal posição, principalmente, mediante a aferição da suposta ausência de *animus* associativo, demandaria inevitável reexame da matéria fática da causa, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.

Veja-se, por oportuno, julgado desta Corte Superior, no mesmo sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO-RECONHECIDA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. REGIME MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há falar em ilicitude das provas produzidas, porquanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório.

2. Não se pode ter por inepta a denúncia que descreve fatos penalmente típicos e aponta, mesmo que de forma genérica, as condutas dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pacientes, o resultado, a subsunção, o nexo causal (teorias causalista e finalista) e o nexo de imputação (teorias funcionalista e constitucionalista), oferecendo condições para o pleno exercício do direito de defesa.

3. *Afastar o animus associativo dos agentes demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na estreita via do habeas corpus.*

4. *Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.*

5. *Mostra-se proporcional à necessária reprovação e prevenção do crime, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, quando, fundamentando em dados concretos, o magistrado considera como desfavorável a conduta social do paciente, bem como as circunstâncias e consequências do delito.*

6. *Ordem denegada.*" (HC 136.220/MT, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 22/03/2010.)

(2) Da dosimetria da pena

A Corte fluminense reformou parcialmente a dosimetria punitiva aplicação ao Paciente, nos termos a seguir transcritos:

"[...]

Quanto ao pleito defensivo de redução da pena-base no patamar mínimo legal, entendo não ser possível, haja vista ser necessária a sua fixação, um pouco acima do patamar mínimo, sendo certo que tal aumento se encontra justificado na natureza da droga apreendida em poder dos apelantes, 'crack' nos termos do artigo 42, da Lei n.º 11.343/06.

O crack é uma substância de extrema nocividade, pelo exponencial grau de dependência que causa ao usuário, que se torna dependente, em muitos casos, desde o primeiro contato com a substância, ocasionando graves danos psíquicos e físicos, além de ser extremamente difícil a recuperação do dependente, sendo assim, tem-se que a natureza da droga apreendida configura fundamentação idônea para o aumento aplicado, impondo-se a exasperação da pena.

Sendo assim, é imperiosa a majoração da pena-base, pois tal circunstância judicial prepondera sobre as demais.

Afasto o fundamento utilizado pelo juízo sentenciante que entende tem o apelante Carlos Vitor personalidade voltada para a prática de crimes, justificando, a exasperação da pena, por constarem em sua FAC, excluindo-se a presente, uma anotação penal por tráfico e outra por roubo, ambas sem resultado, mas apenas processos ainda sem decisão judicial, conforme entendimento editado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, na redação da súmula n.º 444; 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.'

Impossível a concessão do benefício previsto no § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, que assim dispõe:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sena vejamos: Os dois acusados foram presos em flagrante, em poder de 19 (dezenove) invólucros de plástico transparente, em formato de 'sacolés', 02 (duas) 'pedras' de substância entorpecente denominada cocaína, crack, com peso líquido total de 35,0g (trinta e cinco gramas), além da quantia de R\$ 600,00 (seiscentos reais) em espécie, uma balança de precisão, vários saquinhos plásticos, rolo de fita adesiva e uma faca pequena material que, em regra, é utilizado para pesagem e endolação das drogas.

Assim, diante das circunstâncias fáticas em que ocorreram as prisões, tem-se como amplamente demonstrado que os apelantes se dedicam à atividade criminosa, comercialização de crack, sendo um dos responsáveis pelo tráfico de drogas na localidade, motivo pelo qual deve ser afastado tal benefício.

Ademais, segundo informações trazidas pelos Policiais Militares, que os apelantes já estariam associados para fins de traficância há pelo menos uns 08 (oito) meses.

Comprovado que os apelantes se dedicavam à atividade criminosa de tráfico de drogas, bem como, que estavam associados na atividade de venda de drogas, não há que se cogitar na concessão do redutor de que trata.

Não deve ser aplicado o benefício previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, na medida em que ficou comprovado que os apelantes integram organização criminosa.

Considerando que a confissão do acusado Cristiano se deu de forma parcial, em nada contribuindo para elucidação dos fatos, deixo de considerá-la como causa de diminuição de pena.

Ademais, o apelante Cristiano tentou beneficiar o co-réu Carlos Vitor, afirmando que todo o material arrecadado, inclusive o dinheiro, encontrava-se em seu poder, na rua, e que, ao avistar a viatura policial, correu para dentro da casa de Carlos Vitor. Assim sendo, tem-se que a versão apresentada pelo acusado Cristiano buscava não só inocentar o parceiro das atividades ilícitas, bem como, evitar sua condenação pelo crime de associação para o tráfico.

Consigne-se, ainda que, conforme se verifica da transcrição do interrogatório do apelante (fls. 170/171), realizado diante da autoridade judiciária e sob o crime do contraditório, em nenhum momento ele admitiu estivesse endolando droga juntamente com o acusado Carlos Vitor:

'(...) que são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que todo o material arrecadado, inclusive o dinheiro, estava em poder do depoente; que o depoente estava na rua quando avistou a viatura policial e correu para dentro da casa do acusado Carlos Vitor; que o material de endolação e as drogas estavam dentro de uma caixa de sapato; que o dinheiro estava no bolso do depoente; que quando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depoente invadiu a casa de Carlos Vitor, colocou o dinheiro por debaixo de um tapete; que em nenhum momento o depoente ou Carlos Vitor estava endolando drogas na residência deste último; que indagado sobre o que fazia com material próprio de endolação andando pela rua, o depoente disse que iria vender e que só vendia para conhecidos; que indagado sobre o que iria vender, o depoente disse que iria vender drogas e então novamente foi indagado sobre o material de endolação pelas ruas e então novamente iria vender, o depoente disse que iria vender drogas e então novamente foi indagado sobre o material de endolação, tendo este Magistrado advertido de que não se anda com material de endolação pelas ruas e então o depoente disse que também iria vendê-lo para um conhecido; que nunca foi preso ou processado anteriormente; que o depoente já estava vendendo drogas há um mês e quem lhe fornecia era um outro amigo; que o acusado não tinha envolvimento com o tráfico de drogas; que o acusado Carlos trabalha como ajudante de pedreiro; que o depoente também é ajudante de pedreiro; que nunca foi preso ou processado anteriormente; que o depoente já estava vendendo drogas há um mês e quem lhe fornecia era um outro amigo; que o acusado não tinha envolvimento com o tráfico de drogas; que o acusado Carlos trabalha como ajudante de pedreiro; que o depoente também é ajudante de pedreiro; que nunca foi preso ou processado, que nada tem contra as testemunhas (...)'

Se, in casu, a confissão não se deu de modo integral, não se tem como autorizada a atenuação da pena, isto porque, a ratio do artigo 65, inciso III, 'd', do Código Penal é estimular a colaboração que leve a solução do crime, o que não ocorreu na hipótese em tela, eis que o apelante Cristiano negou que estivesse endolando droga juntamente com o acusado Carlos Vitor.

Ao que parece, o apelante Cristiano acreditou que, negando o liame subjetivo com o seu comparsa, teria a chance de ser absolvido do crime de associação, que é crime autônomo em relação ao tráfico. Associação é uma forma anômala de quadrilha, eis que exige apenas duas ou mais pessoas com o objetivo de cometer os crimes de tráfico, tampouco esclareceu nos autos outros fatos além dos já comprovados com a prisão em flagrante, afirmando apenas que seria o proprietário do material ilícito apreendido.

Ocorreu, portanto, a chamada confissão qualificada, em que o agente a sua confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não possuindo, assim, o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista pelo artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal.

[...]

Diante de tais argumentos, repisa-se como incabível a aplicação da pretendida circunstância atenuante da confissão espontânea.

Passa-se, então, à fixação da pena para ambos os acusados: Carlos Victor Freitas e Cristiano Salvados de Souza.

No relativo ao crime de tráfico - art. 33 da Lei 11.343/06:

Atendendo às circunstâncias judiciais, contidas no disposto do artigo 59 do Código Penal, embora o acusado Carlos Vitor possua outras



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

duas anotações na sua Folha de Antecedentes Criminais (fls. 30/34), delas não consta qualquer resultado. Na FAC do acusado Cristiano, por outro lado, a única anotação existente refere-se ao presente processo. Assim, ambos os apelantes devem ser considerados tecnicamente primários, por não haver decisão terminativa nos demais processos.

Considerada a primariedade dos apelantes, afasta-se o fundamento utilizado pelo douto Juiz sentenciante, utilizado para exasperar a pena-base, por considerar que as anotações constantes na FAC do recorrente Cristiano evidenciariam sua péssima conduta social e sua personalidade voltada para a prática de crimes. Mantenho tão somente o fundamento para a fixação da pena-base um pouco acima do patamar mínimo legal, tendo em vista a natureza da droga apreendida em poder dos apelantes, crack, o que denota maior reprovabilidade de suas condutas, pois citada substância é de extrema nocividade, pelo exponencial grau de dependência química que causa ao usuário. Sendo assim, tem-se que a natureza da droga apreendida configura fundamentação idônea para o aumento aplicado, impondo-se a exasperação da pena, nos termos do artigo 42, da Lei n.º 11.343/06, pois tal circunstância judicial prepondera sobre as demais. Por tais razões, fixo para o crime do artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor mínimo unitário, previsto no art. 49, § 1º do Código Penal, quantum que atende aos critérios da proporcionalidade.

Ante a ausência de outras causas ou circunstâncias que possam de alguma forma alterá-la, torno-a definitiva.

Crime de Associação para o Tráfico - Art. 35 da Lei nº 11.343/06

Pelas razões já anteriormente expostas acima, entendo ser o caso de fixar a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, à razão unitária mínima legal, pena esta, que torno definitiva, ante a ausência de outras causas ou circunstâncias que possam de qualquer forma modificá-la.

Considerando o disposto no artigo 69 do Código Penal, impõe-se o reconhecimento do concurso material, de modo que as penas referentes aos crimes do artigo 33 e 35 da Lei n.º 11.343/06 deverão ser somadas, totalizando 09 (nove) anos de reclusão e o pagamento de 1.300 (um mil e trezentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Mantenho o regime inicial de cumprimento de pena como o fechado.

[...]" (fls. 163/172)

Relativamente à minorante prevista do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o Tribunal de origem, ao examinar o conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu que o Paciente não faria jus à sua aplicação, porque integrava organização criminosa e se dedicava à atividade delitiva de mercancia de drogas.

Evidencia-se, assim, a impossibilidade de incidência da multicitada causa especial de diminuição de pena, já que não preenchidos os requisitos legais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido, já se pronunciou esta Quinta Turma, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. **É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, ele não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente à vedação de se dedicar a atividade criminosa**, pois restou evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade da substância entorpecente apreendida. *Precedentes do STJ.*

3. *Ordem denegada.*" (HC 111891/GO, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 24/11/2008; destaquei)

Ressalte-se, ademais, que a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, tendo em vista a incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.

Confirmam-se os seguintes precedentes:

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. **É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.**

2. **Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.**

3. **A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver." (HC 90.350/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 14/04/2008; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada." (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifos no original.)

Conclui-se, portanto, não haver ilegalidade a ser reparada na espécie.

Lado outro, "[s]e a **confissão** do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, como na hipótese, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial" (AgRg no Ag 1242578/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 14/11/2012; grifei).

Na hipótese dos autos, o acórdão combatido utilizou-se da confissão espontânea para corroborar o acervo probatório e concluir pela condenação do réu, quanto ao crime de tráfico de drogas, mostra-se obrigatória a atenuação da pena, que fora fixada acima do mínimo legal, a teor do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo, portanto, ao redimensionamento da sanção:

1.^a fase: mantém-se a pena básica do delito de tráfico ilícito de drogas em 06 (seis) anos de reclusão e 600 dias-multa. Na 2.^a fase, incide a precitada atenuante da confissão espontânea, razão por que reduz a reprimenda em 06 (seis) meses e 50 dias-multa. A pena definitiva, então, resta quantificada **em 05 anos e 06 meses, mais 550 dias-multa**, à mingua de alterações subsequentes.

A sanção correspondente ao crime de associação para o tráfico, fixada **em 03 anos de reclusão, mais 700 dias-multa**, não será alterada. Assim, a nova sanção total fica estabelecida em **08 anos e 06 meses de reclusão, mais o pagamento de 1250 dias-multa**, nos termos do art. 69 do Código Penal.

Por fim, inviável a fixação de regime inicial diverso do fechado ou a substituição da sanção privativa de liberdade, em se considerando a pena total aplicada ao Paciente (superior a 08 anos) e a existência de circunstância judicial desfavorável. Inteligência dos arts. 33, §§ 2.º, alínea *a*, e 3.º, e 44, inciso I e III, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE da impetração e, nessa extensão, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* para, mantida a condenação, reconhecer a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena total do Paciente, nos termos acima explicitados.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0084810-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 203.887 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 18096620098190014 20090140018392 5662009 59802001

EM MESA

JULGADO: 05/03/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO AZAMBUJA MARTINS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CRISTIANO SALVADOR DE SOUZA
CORRÉU : CARLOS VITOR DE FREITAS ROQUE

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.