



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.025 - RJ (2018/0040738-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : DIEGO DE JESUS VIANA MATTOS (PRESO)

EMENTA

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. CULPABILIDADE. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO EM PATAMARES DIFERENCIADOS NOS DOIS CRIMES. PROPORCIONALIDADE. OBSERVAÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, ORDEM DENEGADA.

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 tanto o delito de tráfico quanto de associação restaram plenamente caracterizados. Reportando-se a diversos elementos 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.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

3. Na espécie, não existe ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, sob o vetor negativo da culpabilidade, porquanto a "especial perniciosidade e vilaneza da organização criminosa integrada pelo acusado, Comando Vermelho" revela fundamentação suficiente à exasperação na primeira fase de fixação da reprimenda.

4. O *quantum* utilizado para aumento da reincidência, na segunda fase dosimétrica observou proporcionalidade, não sendo utilizado critério matemático único para ambos os crimes, eis que houve aumento de 1 ano quanto ao delito de tráfico de drogas e de 6 meses para o de associação para o tráfico.

5. Tratando-se de réu reincidente, inviável a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que "(...) as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços (...) desde que o agente seja primário, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Além disso, a condenação pelo cometimento do crime de associação para o tráfico também afasta a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado.

6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 07 de agosto de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.025 - RJ (2018/0040738-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : DIEGO DE JESUS VIANA MATTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de DIEGO DE JESUS VIANA MATTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n.º 0024249-23.2015.8.19.0054).

Segundo os autos, o paciente foi condenado como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06, à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 2400 dias-multa. Eis o teor do *decisum*, no que pertinente (fls. 31/32):

Atenta ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo a individualizado da sanção penal, pelo crime do artigo 33, o que faço considerando a culpabilidade do acusado, as circunstâncias judiciais desfavoráveis, a inexistência de comprovação de exercício de atividade lícita, pela especial perniciosidade e vilaneza da organização criminosa integrada pelo acusado, Comando Vermelho, aplico a pena base de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e o pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, calculado cada dia-multa à razão do mínimo legal.

A multa é fixada nos termos do artigo 49 do Código Penal.

Ausentes atenuantes.

O réu é reincidente na prática de crimes graves. Foi definitivamente condenado em 2014 pela prática de roubo. Assim, impõe-se o aumento de pena pela reincidência, certo que não demonstra ele consciência da necessidade de afastar-se da delinquência, assim, aumento a pena do acusado em 1 (um) ano, estabelecendo a pena intermediária em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 1300 (mil e trezentos) dias-multa.

Ausentes outros moduladores torno definitiva a pena alcançada. O réu não era menor de 21 anos na data do fato. Nascido em 09 de maio de 1993, contava na data do fato com 23 anos incompletos.

Pela associação do acusado à organização criminosa, bem como pela reincidência, o réu não faz jus a qualquer redução de pena.

Com relação ao crime de associação para o tráfico de drogas, previsto no artigo 35 da mesma lei, aplico, a pena de 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 900 (novecentos) dias-multa, calculado cada dia-multa à razão do mínimo legal, observadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, já explicitadas e ainda porque a associação foi não apenas a outras pessoas, mas a nefasta organização criminosa, responsável por inúmeros crimes de diversas naturezas neste Estado.

Ausentes atenuantes.

Como já dito, o réu é reincidente, e por essa razão deve ter sua pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravada. Assim, aumentando no mesmo *quantum* anterior, fixo a pena intermediária em 5 (cinco) anos de reclusão e 1100 (mil e cem) dias-multa, no valor mínimo.

Torno definitiva a pena para o crime de associação pela ausência de causas de aumento ou de diminuição de pena.

As condutas de associar-se e efetivamente praticar a mercancia são autônomas, independentes, e resultado de dolos totalmente distintos, portanto, temos a ocorrência de concurso material de crimes, que gera a soma aritmética das penas estabelecidas.

Desta forma, estabeleço a pena final em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 2400 (dois mil e quatrocentos) dias-multa.

Observada a reincidência do acusado, bem como o tempo de pena, fixo regime fechado para o início do cumprimento da pena. O tempo de prisão cautelar não é suficiente para alteração do regime de pena imposto, certo que a progressão de regime exige, não apenas o integral cumprimento do requisito objetivo, mas também o requisito subjetivo - de bom comportamento carcerário. Não vindo aos autos nenhum documento que atenda ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais, é recomendável que a progressão seja analisada pelo juízo da execução penal, da mesma forma é a detração penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça deu parcial provimento para reduzir a pena-base do crime de associação para o tráfico, sem reflexos, contudo, na pena privativa de liberdade fixada no primeiro grau, pela existência de equívoco matemático que culminou com o cálculo da pena a menor.

O aresto encontra-se assim sumariado (fl. 72):

APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO DOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, EM CONCURSO MATERIAL. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E DE NULIDADE DO PROCESSO POR UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA DECORRENTE DA CONFISSÃO INFORMAL DO RÉU. MÉRITO. PEDIDOS: 1) ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS; 2) REDUÇÃO DA PENA-BASE; 3) AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA OU A REDUÇÃO DO QUANTUM A ELA APLICADO; 4) RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI N.º 11.343/06.

I. Preliminar de inépcia da denúncia por ausência de individualização da conduta do apelante. Rejeição. A exordial acusatória preenche os requisitos contidos no artigo 41 do Código de Processo Penal, viabilizando ao acusado conhecer os fatos que lhes são imputados, de forma clara e objetiva, permitindo-lhe o mais amplo exercício do direito de defesa, ainda que não descritas pormenorizadamente as ações por ele perpetradas. II. Preliminar de nulidade do processo por utilização de prova ilícita que se confunde com o mérito. Confissão informal. Tese de ilicitude que se rejeita. A confissão extrajudicial feita aos policiais no momento da prisão não é suscetível de contaminar as provas existentes nos autos, notadamente se no auto de prisão em flagrante e no termo de interrogatório em Juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consta a advertência de tal direito, que nada mais representa do que a vedação a que o silêncio do réu seja interpretado em seu desfavor. Não está o acusado, por força de tal prerrogativa, proibido de contribuir com a investigação, se admite espontaneamente o delito. III.1. Absolvição do crime de tráfico de drogas. Descabimento. Policiais militares, em patrulhamento de rotina, tiveram a atenção despertada para o acusado. Ao ser revistado, foi encontrada uma grande quantidade de cocaína, pronta para venda, e dinheiro em espécie. A natureza, a quantidade de droga apreendida e a forma de acondicionamento, aliadas à quantia apreendida e às circunstâncias da prisão denotam de modo incontestável destinação da droga ao comércio ilícito. Materialidade e autoria devidamente comprovadas pelo auto de apreensão, pelo laudo de exame em entorpecente e pela prova oral colhida ao longo da instrução criminal. Declarações dos policiais militares consistentes e em harmonia com o caderno processual, sendo aptas a embasar o juízo repressor. Validade dos depoimentos. Súmula 70 deste Egrégio Tribunal de Justiça. III.2. Absolvição do crime de associação para o tráfico de drogas. Impossibilidade. Apelante preso em local conhecido como ponto de venda de entorpecente, em região dominada pela facção Comando Vermelho. Apreensão de elevada quantidade de droga altamente nociva, devidamente embalada para venda. Impossibilidade de venda autônoma em localidade dominada por forte e conhecida organização criminosa. Estabilidade e permanência demonstradas. IV. Redução da pena-base. Parcial cabimento. Diminuição da pena-base apenas com relação ao crime de associação, para adequá-la aos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. V. Afastamento da circunstância agravante relacionada à reincidência ou redução do quantum a ela aplicado. Descabimento. Alegação de bis in idem. A reincidência foi reconhecida somente na segunda fase do sistema trifásico e importou em razoável aumento da pena. Discricionariedade do julgador devidamente justificada. Ausência de bis in idem que se afasta. Óbice legal ao reconhecimento da figura do tráfico privilegiado expressamente previsto em lei e, no caso específico dos autos, a condenação pelo crime de associação apresenta-se como mais um fator impeditivo. VI. Aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006. Descabimento. Manifesta incompatibilidade com a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, no qual é inerente a dedicação à criminalidade. VII. Dosimetria redimensionada, sem, contudo, reflexos na resposta penal final. Sentença que traz erro no cálculo da soma das penas dos crimes. Reprimenda mais favorável ao réu que deve ser mantida. Princípio da non reformatio in pejus. Adequação da pena de multa.

Provimento parcial ao recurso defensivo, com a redução da pena-base do crime de associação para o tráfico, sem reflexos, contudo, na pena privativa de liberdade fixada no primeiro grau. Ajuste na pena pecuniária.

No presente *mandamus*, alega a impetrante, inicialmente, a ilicitude da prova amealhada para fins de condenação. A esse respeito, diz ser inválida a denominada "confissão informal", donde se irradiariam supostas nulidades por infringência à garantia de prévia informação sobre o direito de não produzir provas contra si mesmo (art. 5º, LXIII, CF/88).

Entende que não pode ser atribuído qualquer valor à confissão meramente verbal, informal, não reduzida a termo e desacompanhada da ciência do acusado acerca dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seus direitos constitucionais.

Assere que não estariam demonstrados os elementos da estabilidade e permanência para fins de caracterização do delito insculpido no art. 35 da Lei 11.343/06.

Pondera que a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, em face da ausência de elementos concretos a justificar a negativação da circunstância judicial da culpabilidade.

Assinala que o aumento da pena em decorrência do reconhecimento da agravante da reincidência deu-se de forma desproporcional.

Aduz que a fundamentação empregada para negar a aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 é inidônea. No ponto, destaca que a reincidência não caracteriza óbice ao reconhecimento da benesse e que, uma vez desconstituída a condenação por associação para o tráfico, não mais subsistiriam quaisquer impedimentos para aplicação do privilégio.

Por fim, aponta que, em decorrência da redução de pena, é possível a fixação do regime inicial aberto e substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Ao final, pede, liminarmente, possa o paciente aguardar em regime aberto ou semiaberto o julgamento do presente *writ*.

No mérito, pugna pela absolvição do paciente quanto ao delito do art. 35 da Lei 11.343/06; redução das penas-base ao mínimo legal; redução da elevação em razão da reincidência; aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006 em sua fração máxima; fixação de regime menos gravoso; e substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 93/97.

Foram prestadas informações às fls. 103/104 e 108/114.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 116/123).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.025 - RJ (2018/0040738-4)

EMENTA

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. CULPABILIDADE. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO EM PATAMARES DIFERENCIADOS NOS DOIS CRIMES. PROPORCIONALIDADE. OBSERVAÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, ORDEM DENEGADA.

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 tanto o delito de tráfico quanto de associação restaram plenamente caracterizados. Reportando-se a diversos elementos 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.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

3. Na espécie, não existe ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, sob o vetor negativo da culpabilidade, porquanto a "especial periculosidade e vilaneza da organização criminoso integrada pelo acusado, Comando Vermelho" revela fundamentação suficiente à exasperação na primeira fase de fixação da reprimenda.

4. O *quantum* utilizado para aumento da reincidência, na segunda fase dosimétrica observou proporcionalidade, não sendo utilizado critério matemático único para ambos os crimes, eis que houve aumento de 1 ano quanto ao delito de tráfico de drogas e de 6 meses para o de associação para o tráfico.

5. Tratando-se de réu reincidente, inviável a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que "(...) 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 criminoso". Além disso, a condenação pelo cometimento do crime de associação para o tráfico também afasta a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado.

6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se, por meio da presente impetração, a absolvição do paciente - por ausência dos elementos de estabilidade e permanência para fins de caracterização do delito tipificado no art. 35 da Lei 11.343/06, bem como na ilicitude da confissão informal para respaldar a condenação -, o afastamento da exasperação da pena-base pela culpabilidade mais acentuada, a redução do aumento implementado a título de reincidência, o reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, a fixação do regime inicial aberto e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

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*. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

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

(...)

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento que o acolhimento da pretensão de absolvição do delito de associação para o tráfico de drogas implica imersão no conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 310.498/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) NÃO CONHECIMENTO.

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*.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 383.255/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. A pretendida absolvição ou desclassificação da conduta imputada ao recorrente para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006 são questões que demandam aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via eleita. Óbice do Enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte Superior.

(...)

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1012032/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

Dito isso, observa-se que o pleito de absolvição ora formulado assenta-se em duas premissas: i) na ausência dos elementos de estabilidade e permanência para fins de caracterização do delito tipificado no art. 35 da Lei 11.343/06, bem como ii) na ilicitude da confissão informal para respaldar a condenação.

Para melhor elucidação da questão, vejam-se os fundamentos do édito condenatório a respeito (fls. 27/32):

Os Policiais Militares não podem ser considerados parciais ou interessados em imputar falsamente um crime a quem quer que seja, e neste sentido é a Súmula 70 do TJRJ. Há presumidamente legitimidade e autenticidade nos depoimentos dos agentes da segurança pública, não se compreende que razão teriam policiais para incriminar uma pessoa aleatória.

Se nada for efetivamente apresentado em outro sentido, é admissível a condenação exclusivamente com fundamento nos testemunhos - tudo indicando que o réu estava associado a facção criminosa, auxiliando a prática de tráfico de drogas naquele local.

A testemunha de defesa, Carlos Alberto, que em juízo disse que só falou com o réu, e viu a apreensão da droga em uma sacola, dentro de uma casa, não afastou os indícios de autoria e materialidade, certo que afirmou que não teria como informar quem seria traficante ou não na sua comunidade por não freqüentar os pontos de venda da droga.

Assim, nada pôde informar a testemunha, senão confirmar o depoimento dos policiais, de que o réu estava no local e de que a droga foi apreendida no local.

Tenho por comprovada a materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas previsto no artigo 33 da Lei 11343/06. Ressalte-se que pela diversidade, o modo de acondicionamento da droga apreendida, conforme descrição feita no laudo definitivo, e pelo local da apreensão, tem-se como certa que a substância apreendida se destinava a venda.

Restou inequívoco o elemento subjetivo do tipo de tráfico, mas também do crime de associação para a prática do tráfico, qual seja, o dolo de participar da comercializar os entorpecentes, bem como da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa denominada Comando Vermelho.

Aquele que vende drogas em área conflagrada, notoriamente de venda de drogas, neste caso Vila Norma, deve ser considerado associação à facção criminosa. Neste sentido é a Jurisprudência, aqui demonstrada pela decisão da Exma. Desembargadora Gizelda Leitão, nos autos da Apelação Criminal nº 0144802-98.2014.8.19.0001, distribuída à 4ª Câmara Criminal.

"Como já dito anteriormente o apelado foi surpreendido por policiais militares em local conhecido como ponto de venda de drogas e estava com quantidade considerável de entorpecente, qual seja, cocaína.

Da análise dos autos, observa-se que o apelado estava associado, de maneira estável e permanente à facção criminosa do Comando Vermelho, para praticar o crime de tráfico de entorpecentes na Comunidade da Cidade de Deus.

As circunstâncias da prisão do apelado denotam, de forma inequívoca, sua associação para a prática do crime de tráfico de drogas.

O delito de associação para a prática do tráfico pode perfeitamente ser comprovado mediante prova oral desde que esta nos dê a certeza da existência do liame prévio entre os elementos que compõe a associação. Não se pode exigir que a associação tenha firma registrada em cartório, estatutos, contrato social, sob pena de jamais ocorrer condenações relativas a tal delito. Não se pode, de igual forma, entender que a existência da associação criminosa somente se prova com a existência de prévia cautelar de interceptação telefônica onde, por vários meses a fio os interlocutores conversam abertamente sobre a prática da atividade ilícita.

O tipo penal do art. 35 da Lei 11.343/06 exige para sua caracterização atuar mínimo de duas pessoas, associadas com ânimo de permanência e estabilidade.

Ademais, o domínio do Comando Vermelho é fato notório na Cidade de Deus, e até mesmo dispensaria prova, só que não é isso que vimos nos autos, já que há provas que os policiais ouvidos afirmaram neste sentido, logo não se trata de simples presunção, mas temos provado o afirmado.

Diante da violência conhecida do Comando Vermelho seria crível que alguém pudesse autonomamente disputar a venda de drogas com os componentes daquela facção? Nítido que não. Uma pessoa não conseguiria fazer concorrência aos chefões do tráfico do Comando Vermelho, o que implica dizer que o apelado fazia parte de uma associação maior, voltada para a prática de tráfico e crimes afins.

Como bem destacou o Ministério Público em suas razões recusas, é fato notório, e por isso dispensável a prova, que os traficantes daquela comunidade se agrupam sob a alcunha de comando vermelho e dividem tarefas, incumbindo a alguns a venda, a outros a vigia, outros o fornecimento da droga, em adoção clara da teoria da divisão de tarefas já reconhecida pela doutrina pátria ou mesmo fazendo incidir a idéia do chamado crime de empresa."

Se no espírito do Magistrado surgiu dúvida acerca do comportamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do apelado, com absoluta tranqüilidade digo-me convencida da conduta ilícita perpetrada. Tudo com lastro com contexto probatório reunido nos autos.

Destarte, encontram-se presentes todos os elementos objetivos e subjetivos dos tipos penais em exame. Por derradeiro, cumpre salientar que o comportamento típico do acusado também se revelou ilícito a culpável, ante a inexistência de causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na denúncia para condenar DIEGO DE JESUS VIANNA MATTOS, pela incidência comportamental descrita nos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/2006.

Confira-se também a fundamentação adotada pelo colegiado estadual ao manter a condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico (fls. 78/83):

A preliminar de nulidade do processo por utilização de prova ilícita decorrente de confissão informal do réu se confunde com o mérito e, portanto, será analisada como tal.

Não obstante, não assiste razão ao apelante na sua pretensão absolutória.

A existência e a autoria de ambos os delitos se encontram sobejamente demonstradas pelo auto de prisão em flagrante, auto de apreensão de fls. 15, laudo de exame em entorpecente de fls. 47, bem como depoimentos prestados pelos policiais militares ao longo da instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Pelo cotejo dos autos, depreende-se que policiais militares, em patrulhamento de rotina, avistaram o apelante em situação suspeita e, ao se aproximarem, ele empreendeu fuga, tentando se desfazer dos invólucros de drogas que trazia consigo.

Em Juízo, o policial militar Almir de Moura narrou que estava conduzindo o seu veículo particular quando, a caminho da base do GAT, percebeu movimentação estranha em local conhecido como ponto de venda de drogas dominado pela facção criminosa “Comando Vermelho”. Por essa razão, comunicou o fato a policiais de uma viatura policial próxima, com a finalidade de, em conjunto, cercarem a área. Ao se aproximarem e serem vistos pelo réu, este tentou se evadir e se desvencilhar da posse da droga, momento em que foi detido. Foram encontrados com ele significativa quantidade de pinos de cocaína e a quantia de R\$90,00 (noventa) reais em espécie. Outros indivíduos estavam com o acusado, porém, lograram empreender fuga.

Em Juízo, o policial Thiago Santos reiterou os termos do depoimento do seu colega de farda, relatando que deste recebeu a solicitação para fazerem um cerco na Vila Norma, eis que teria avistado o réu comercializando droga. Ao se dirigir ao local, viu o instante em que o acusado tentou se desfazer do entorpecente.

Ambos os agentes da lei afirmaram ter o apelante admitido, por ocasião da prisão, que estava, de fato, vendendo substância ilícita, trabalhando como vapor para a facção “Comando Vermelho”.

Ademais, a confissão informal, feita aos agentes da lei, não pode ser considerada presumidamente ilegal, especialmente se inexistentes elementos que denotam a ocorrência de abuso de autoridade.

Assim, a confissão extrajudicial feita aos policiais no momento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão não é suscetível de contaminar as provas existentes nos autos, notadamente se no auto de prisão em flagrante e no termo de interrogatório em Juízo consta a advertência de tal direito, que nada mais representa do que a vedação a que o silêncio do réu seja interpretado em seu desfavor. Não está o acusado, por força de tal prerrogativa, proibido de contribuir com a investigação, se admite espontaneamente o delito.

Registre-se que a sentença condenatória está embasada, sobretudo, em outras provas trazidas aos autos.

O fato é que os relatos dos servidores públicos são coerentes, firmes e se encontram em perfeita harmonia com o manancial probatório.

E não se alegue que depoimentos prestados por policiais não são aptos a amparar um juízo de reprovação, pois tal matéria já se encontra até mesmo sumulada por este Tribunal, nos termos do verbete n.º 70, mormente na ausência de elementos ensejadores de dúvidas acerca de sua idoneidade.

Certo é que com o réu foram apreendidos 131 (cento e trinta e um) pinos de cocaína, prontos para venda, além do valor de R\$90,00 (noventa reais) em espécie.

A natureza, a elevada quantidade e o modo de acondicionamento da droga, somados ao fato de o apelante ter sido detido em local conhecido como ponto de venda de entorpecente em área dominada pela facção Comando vermelho, revelam, de forma incontestada, que o material ilícito encontrado na sua posse se destinava à mercancia.

Por outro lado, a defesa não traz argumentos suficientes a abalar a convicção sobre o juízo de censura em relação aos delitos imputados ao infrator.

Interrogado em Juízo, o apelante negou integralmente as acusações contidas na denúncia.

Disse que estava no portão da sua casa esperando a hora de buscar a namorada na academia, quando viu seu o vizinho Carlos passar na rua e o chamou para conversar, momento em que os policiais se aproximaram, abordando ambos. Aduziu que o entorpecente não era de sua propriedade, tendo os policiais buscado o material a duas casas de distância da sua. Registrou trabalhar como ajudante de pintura nos finais de semana, dizendo já ter sido usuário de droga.

É verdade que a defesa arrolou a testemunha Carlos Alberto, que se disse vizinho do réu e asseverou ter saído de casa para comprar cigarro quando o acusado o teria chamado. Mas o fato de Carlos ter dito que os policiais pegaram a droga a uma certa distância não infirma a versão acusatória; na verdade a reforça, na medida em que os policiais afirmaram expressamente que o acusado tentou se desfazer da droga, jogando-a fora, e eles, assim, simplesmente a pegaram no local onde havia caído. E mais, Carlos frisou que a região é dominada pela facção “Comando Vermelho”.

Sendo assim, configurado restou o envolvimento do réu na prática do crime de tráfico de entorpecentes.

O crime de associação igualmente restou comprovado.

O acusado, além de ter sido visto vendendo entorpecente, foi preso com substancial quantidade de perniciosa droga, devidamente acondicionada para comercialização, além de ter admitido fazer parte da organização criminosa Comando Vermelho, trabalhando no tráfico como vapor. Só quem está associado a terceiros (não identificados) tem definida a sua função, sendo certo que a tarefa de “vapor” é a de revender droga e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esta atividade realizada em local controlado por uma das maiores facções existentes neste Estado demonstra, necessariamente, a associação, com vínculo estável e permanente, já que, dentro do contexto acima esclarecido, seria impossível a venda de cocaína de forma autônoma e isolada.

Sob essa ótica, colaciona-se o julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“CRIMES CONTRA A SAÚDE e CONTRA A PAZ PÚBLICAS. Tráfico e associação para o tráfico de substâncias entorpecentes. Sentença condenatória.

Absolvição. Insuficiência de provas ou excludente do estado de necessidade. Não-verificação. Penas. Redução. Inviabilidade. Causa especial de redução das penas. Artigo 33, § 44 da Lei nº 11.343/06. Inaplicabilidade. Pena privativa de liberdade. Substituição. Descabimento. Recurso em liberdade. Inadmissibilidade. Custas. Isenção. Não-oportunidade. Demonstrando fartamente as provas que o agente possuía, no interior de sua casa, as substâncias entorpecentes apreendidas, para fins comercialização ilícita, e, ainda, que ele se encontrava associado ao tráfico de entorpecentes da localidade, incensurável se mostra a solução condenatória adotada.

Aquele que pretende se socorrer de uma causa de exclusão de ilicitude, para eximir-se de responsabilidade criminal, assume o ônus de prová-la cabalmente, do que não se desincumbiu o agente, eis que o aventado estado de necessidade não saiu do campo da mera alegação vazia e estéril. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de entorpecentes, é bastante que seus integrantes unam-se, de forma estável e permanente, com o propósito, claro e específico, de praticarem quaisquer das condutas elencadas nos artigos 33, caput e § 1º e 34 da Lei nº 11.343/06; **aliás a prova da associação entre traficantes não se faz com a exibição de contratos, estatutos, normas, regulamentos, etc., como acontece com as associações lícitas, para o reconhecimento da associação entre criminosos é suficiente que fique comprovada a existência de um elo ligando um criminoso ao outro**, o que é, perfeita e claramente, visível no presente caso. (...)” (TJRJ - Apelação Criminal nº 2008.050.02909 - Relator Des. Moacir Pessoa de Araujo - Julgamento em 09/11/2008 pela Primeira Câmara Criminal - Grifo nosso.)

As instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de associação para o tráfico restou plenamente caracterizado. 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.

Ao contrário do asseverado pela defesa, depreende-se da sentença e do julgado colegiado que a condenação pelo crime de associação para o tráfico não decorreu apenas da apreensão das drogas com o paciente.

A análise dos atos judiciais combatidos revela fundamentação percuciente e concatenada, exaltando as circunstâncias do crime, com prática da traficância em local



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consagrado como de operação da facção criminosa denominada "Comando Vermelho", além da prova oral, consistente nos depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante.

Dentro desse quadro, veja-se que a sentença implementou condenação pelo crime de associação para o tráfico por não considerar possível a tipificação da associação eventual, bem como por não se observar a ligação com um dos membros da dita associação para um único fato concreto. Reportando-se a diversos elementos de convicção, entendeu o juízo que o paciente integrava de maneira estável uma associação voltada à traficância, conclusão que não pode ser revista nesta sede de ação constitucional. Nesse sentido:

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 FÁTICO-PROBATÓRIA INVIÁVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES QUE INDICAM O TRÁFICO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS PREJUDICADOS. 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.

- Incabível a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois, a uma, a referida benesse não é aplicável ao réu também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas e, a duas, porque o acórdão recorrido consignou que a quantidade das drogas apreendidas (1,1kg de cocaína; 6,7kg de maconha; e 60g de crack), aliada às circunstâncias em que o delito ocorreu, indicativas do tráfico habitual, também são elementos que justificam o afastamento do redutor em tela. Precedentes.

- Não reconhecido o privilégio e inalterada a pena aplicada, restam prejudicados os pedidos de substituição da pena corporal e de abrandamento do regime prisional.

- 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)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

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, com arrimo no conjunto probatório produzido nos autos, que o paciente integraria organização criminosa estável e permanente, 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.

REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na espécie, o fato de o paciente integrar organização criminosa ligada ao Comando Vermelho, somada ao fato de que com ele foram apreendidas diversas espécies de entorpecentes, justificam a imposição do regime prisional mais severo. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 420.897/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

A tese de absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico encontra-se centrada também na ilicitude da confissão informal aos policiais, de que o paciente seria integrante da organização criminosa denominada Comando Vermelho.

Entende que não teria havido a necessária notificação do acusado acerca dos seus direitos constitucionais.

Sustenta a defesa que, excetuada tal confissão, inexistem provas aptas à condenação.

Não obstante os argumentos trazidos, a tese não merece prosperar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso porque a defesa não se desincumbiu do seu ônus de comprovar que o réu não foi informado, previamente, de que poderia ficar em silêncio.

Impende notar que o acórdão combatido consignou a expressa advertência, no auto de prisão em flagrante, acerca do direito ao silêncio do paciente, ao menos indicando a observância do preceito constitucional insculpido no art. 5º, LXIII da CR/88 pelas autoridades policiais.

Ademais, os depoimentos dos policiais acerca da confissão extrajudicial não restaram vazios nos autos, eis que houve efetiva apreensão de grande quantidade de droga, em local, consoante asseveraram as instâncias ordinárias, tradicionalmente destinado ao tráfico sob a orientação do Comando Vermelho, como já dito acima.

A respeito da ausência de nulidade na admissibilidade desses elementos probatórios, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de recurso em sentido estrito, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). NULIDADE DA CONFISSÃO INFORMAL DO PACIENTE. POLICIAIS QUE NÃO TERIAM ALERTADO INVESTIGADO SOBRE A POSSIBILIDADE DE SUA PRISÃO E SOBRE O SEU DIREITO A PERMANECER CALADO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE ILEGALIDADE NA OPERAÇÃO POLICIAL. AGENTES QUE INVESTIGAVAM DENÚNCIA ANÔNIMA DE NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE DO ACUSADO. OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS CABÍVEIS. ILICITUDE NÃO CARACTERIZADA.

1. A impetrante deixou de anexar aos autos quaisquer elementos de convicção que pudessem comprovar que a abordagem policial e a prisão em flagrante do paciente teriam ocorrido ao arpejo da lei.

2. Se havia suspeita de que o paciente estava praticando o delito de tráfico de drogas, os policiais militares poderiam, mesmo sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualquer informação por ele fornecida, averiguar o local, e diante da localização de grande quantidade de drogas, apreender a substância entorpecente e prendê-lo em flagrante, sem que seja necessário informá-lo previamente sobre o seu direito ao silêncio, razão pela qual não há falar em confissão informal ilícita.

PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE. REGISTRO DE CRIME ANTERIOR. REITERAÇÃO. PROBABILIDADE CONCRETA. ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada.

2. A natureza altamente lesiva da substância apreendida - cocaína -, e a quantidade do estupefaciente encontrado em poder do paciente, bem como as circunstâncias em que se deu a sua prisão em flagrante - em bar que seria ponto de tráfico de drogas -, são fatores que autorizam a conclusão pela necessidade da segregação para a garantia da ordem e saúde pública.

3. A prisão encontra-se justificada também em razão do histórico criminal do paciente, que possui maus antecedentes, revelando a propensão à prática delitiva, demonstrando a sua periculosidade social e a real possibilidade de que, solto, volte a cometer infrações penais.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 253.709/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 21/08/2014)

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL.VIA INADEQUADA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. APLICAÇÃO DA0 MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RELATÓRIO DA EQUIPE TÉCNICA MULTIDISCIPLINAR. CONFISSÃO INFORMAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS (LAUDO DA DROGA APREENDIDA E DEPOIMENTOS DE POLICIAIS).

WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual (Precedentes). In casu, o magistrado além de considerar a confissão do paciente, noticiada no Relatório Multidisciplinar, também levou em conta os depoimentos dos policiais prestados em juízo, bem como o resultado do laudo referente à droga apreendida. Portanto, não há falar em nulidade, pois a medida socioeducativa foi aplicada com respaldo em um conjunto probatório.

3. Habeas Corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 241.728/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 14/03/2013)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIA DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. DECLARAÇÕES VALORADAS NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. 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.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Na primeira etapa do critério trifásico, a pena-base foi exasperada pelas consequências do crime, pois a vítima teria suportado prejuízo de mais de R\$ 10.000,00. Decerto, por ser o prejuízo patrimonial ínsito ao crime de furto, as consequências do delito devem ser negativamente valoradas se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Na hipótese, além do valor da res furtivae, apenas parcialmente recuperada, a conduta criminosa acarretou avaria no estabelecimento comercial e no sistema de captação de imagens, tendo o aumento sido corretamente empreendido, sem que se possa falar em violação do art. 59 do Estatuto Repressor e do art. 93, IX, da Constituição Federal.

4. A atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos. Precedentes.

5. Hipótese na qual o agente, embora tenha negado qualquer envolvimento com o delito ao prestar depoimento na fase inquisitorial e durante a instrução criminal, reconheceu ser o autor da prática delitiva a três agentes policiais, sendo que as suas declarações foram sopesadas na formação do juízo condenatório, tendo sido consignado, inclusive, que o réu indicou que parte da res furtivae estaria em sua residência, o que permitiu a recuperação de tais bens. Se a confissão informal do réu pode servir de sustentáculo para a condenação penal, desde que seja corroborada por outros elementos probatórios, forçoso reconhecer que tal manifestação justifica, igualmente, a incidência da atenuante de pena do art. 65, III, "d", do Código Penal.

6. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Controvérsia 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

7. Tratando-se de paciente que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, como na hipótese dos autos.

8. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, com a devida compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

(HC 358.744/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 12/12/2016)

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. CONDENAÇÃO QUE ESTARIA BASEADA NA CONFISSÃO INFORMAL DO ACUSADO. ÉDITO REPRESSIVO LASTREADO NAS PROVAS PRODUZIDAS NO CURSO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. MÁCULA INEXISTENTE.

Não há que se falar em nulidade da sentença condenatória que não se baseou, exclusivamente, na confissão informal do paciente, e que se encontra fundamentada, essencialmente, nos depoimentos judiciais dos policiais responsáveis pelo flagrante. Precedentes do STJ e do STF.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

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

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 365.728/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante à pretensão de diminuição da pena aplicada, cumpre salientar que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as conseqüências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na seqüência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das conseqüências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e conseqüências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc.” (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. *Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Para melhor deslinde da questão, cumpre transcrever excerto do édito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatório no aspecto da dosimetria penal do paciente (fls. 31/32):

Atenta ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo à individualização da sanção penal, pelo crime do artigo 33, o que faço considerando a culpabilidade do acusado, as circunstâncias judiciais desfavoráveis, a inexistência de comprovação de exercício de atividade lícita, pela especial perniciosidade e vilaneza da organização criminosa integrada pelo acusado, Comando Vermelho, aplico a pena base de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e o pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, calculado cada dia-multa à razão do mínimo legal.

A multa é fixada nos termos do artigo 49 do Código Penal.

Ausentes atenuantes.

O réu é reincidente na prática de crimes graves. Foi definitivamente condenado em 2014 pela prática de roubo. Assim, impõe-se o aumento de pena pela reincidência, certo que não demonstra ele consciência da necessidade de afastar-se da delinquência, assim, aumento a pena do acusado em 1 (um) ano, estabelecendo a pena intermediária em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 1300 (mil e trezentos) dias-multa.

Ausentes outros moduladores torno definitiva a pena alcançada. O réu não era menor de 21 anos na data do fato. Nascido em 09 de maio de 1993, contava na data do fato com 23 anos incompletos.

Pela associação do acusado à organização criminosa, bem como pela reincidência, o réu não faz jus a qualquer redução de pena.

Com relação ao crime de associação para o tráfico de drogas, previsto no artigo 35 da mesma lei, aplico, a pena de 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 900 (novecentos) dias-multa, calculado cada dia-multa à razão do mínimo legal, observadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, já explicitadas e ainda porque a associação foi não apenas a outras pessoas, mas a nefasta organização criminosa, responsável por inúmeros crimes de diversas naturezas neste Estado.

Ausentes atenuantes.

Como já dito, o réu é reincidente, e por essa razão deve ter sua pena agravada. Assim, aumentando no mesmo *quantum* anterior, fixo a pena intermediária em 5 (cinco) anos de reclusão e 1100 (mil e cem) dias-multa, no valor mínimo.

Torno definitiva a pena para o crime de associação pela ausência de causas de aumento ou de diminuição de pena.

As condutas de associar-se e efetivamente praticar a mercancia são autônomas, independentes, e resultado de dolos totalmente distintos, portanto, temos a ocorrência de concurso material de crimes, que gera a soma aritmética das penas estabelecidas.

Desta forma, estabeleço a pena final em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 2400 (dois mil e quatrocentos) dias-multa.

Observada a reincidência do acusado, bem como o tempo de pena, fixo regime fechado para o início do cumprimento da pena. O tempo de prisão cautelar não é suficiente para alteração do regime de pena imposto, certo que a progressão de regime exige, não apenas o integral cumprimento do requisito objetivo, mas também o requisito subjetivo - de bom comportamento carcerário. Não vindo aos autos nenhum documento que atenda ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais, é recomendável que a progressão seja analisada pelo juízo da execução penal, da mesma forma é a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detração penal.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro teceu as seguintes considerações acerca das reprimendas, nos termos do seguinte excerto do voto-condutor (fls. 87/89):

No tocante ao crime de tráfico, a pena deve ser mantida tal como lançada, qual seja, 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

A pena de multa, contudo, merece correção, a fim de torná-la proporcional à pena privativa de liberdade fixada, motivo pelo qual é reduzida para 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa.

Consigne-se que, na primeira fase, o acréscimo da sanção se justifica em razão da natureza e da significativa quantidade de entorpecente apreendido, à luz do artigo 42 da Lei de Drogas.

Quanto à aplicabilidade do tráfico privilegiado, bem se nota a esdréxica decisão do julgador em deixar de reconhecê-lo.

O infrator foi condenado pelo crime de associação, o que pressupõe dedicação a atividades ilícitas e integrar organização criminosa e, como tal, não faz jus ao benefício por expressa proibição legal. Não obstante, frise-se, ainda, que igualmente não se concederia o redutor por ser reincidente, o que se constitui em mais um óbice com previsão expressa na lei, não havendo que se falar em *bis in idem*.

Mantém-se o recrudescimento de 01 (um) ano em razão da circunstância agravante relacionada à reincidência, porque razoável e proporcional, agravante esta considerada apenas na segunda etapa do cálculo, o que também afasta eventual alegação de *bis in idem*.

Mas no que concerne à pena do crime de associação, esta merece retoque, apenas para melhor adequá-la aos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

À vista disso, reduz-se o aumento de 01 (um) ano aplicado na pena-base para 06 (seis) meses, ou seja, estabelece-se a sanção, nessa fase, em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa.

Note-se que o acréscimo realizado se justifica em razão do apelante integrar uma das mais nefastas organizações criminosas existentes no Estado do Rio de Janeiro, a saber, o Comando Vermelho.

Com efeito, o indivíduo que está associado a uma facção desse porte decerto merece uma reprimenda mais severa do que aquele que se associa a terceiros não pertencentes a uma organização com o mesmo nível estrutural, grau de hierarquia e poder, tudo orquestrado para fins de práticas criminosas. As facções dominantes notoriamente conhecidas são as que, de fato, geram enormes e devastadores efeitos colaterais à sociedade, muitas vezes irreversíveis.

Sendo assim, e em respeito ao princípio da individualização da pena, deve-se sopesar de forma diferente circunstâncias desfavoráveis distintas e preponderá-las conforme a sua real significância.

E por força da reincidência, também excessivo o aumento aplicado, reduzindo-o para 06 (seis) meses. Logo, a pena relativa ao crime de associação resta finalizada em 04 (quatro) anos de reclusão.

Todavia, os ajustes ora realizados não trarão reflexos na pena privativa de liberdade alcançada no primeiro grau, em razão do erro aritmético verificado na sentença apelada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, a resposta penal resta mantida em 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mas a pena pecuniária é alterada para 1.550 (hum mil e quinhentos e cinquenta) dias-multa.

E diante do quantum de pena alcançado, não há que se falar em mitigação do regime prisional, sendo o fechado o único adequado.

Face ao exposto, VOTO pelo parcial provimento ao recurso, a fim de reduzir as penas do crime de associação para o tráfico, sem reflexos na pena privativa de liberdade, e reacomodar a pena pecuniária para 1.550 (hum mil e quinhentos e cinquenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença de primeiro grau.

Na primeira fase da dosimetria, a finalidade não é outra senão fixar a pena-base utilizando como instrumentos as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Como ponto de partida, utiliza-se o julgador da pena simples ou qualificada abstratamente prevista no preceito secundário do tipo. Aqui, o julgador possui o que se convencionou chamar de discricionariedade vinculada, porque atua dentro das margens, mínimo e máximo, estabelecidas pela apódose normativa previamente ponderada pelo legislador infraconstitucional. São dois desdobramentos essenciais do Princípio da Individualização das penas (pena abstrata e pena em concreto), devendo ser analisados de maneira associada.

Nessa vereda, essa liberdade limitada na fixação da pena-base deve observar, fundamentalmente, dois parâmetros no estabelecimento do quantum inaugural: não deve repetir na fundamentação dos tópicos do artigo 59 os elementos já aquilatados pelo legislador e dispostos no tipo penal, sob pena de bis in idem; bem como deve ser feita em consonância com o dever de fundamentação (artigo 93, IX, da Constituição Federal - CF), sobretudo a fim de prestigiar o princípio da ampla defesa.

Da leitura dos autos, verifica-se que a pena-base do paciente foi majorada em 6 meses, em ambos os crimes, em razão da "culpabilidade do acusado, as circunstâncias judiciais desfavoráveis, a inexistência de comprovação de exercício de atividade lícita, pela especial periculosidade e vilaneza da organização criminosa integrada pelo acusado, Comando Vermelho".

Tal fundamentação não apresenta ilegalidade flagrante, sendo pertinente à demonstração de maior reprovabilidade da conduta, razão pela qual deve ser mantida.

Quanto ao aspecto da proporção de aumento na pena por força da agravante da reincidência, não assiste razão à defesa.

Quanto ao crime de tráfico de drogas, a magistrada sentenciante implementou aumento da pena em um ano, haja vista a prévia condenação do acusado, em 2014, configurando a reincidência. O incremento foi mantido pelo colegiado estadual.

No que toca ao delito de associação para o tráfico, apesar do juízo sentenciante ter dosado aumento de 1 ano por força da reincidência, o Tribunal estadual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduziu tal aumento para 6 meses, a fim de melhor adequar à pena ao princípio da proporcionalidade.

Não prospera, assim, a argumentação tecida na inicial, porquanto foram utilizados parâmetros diversos para os crimes pelos quais o paciente restou condenado, a teor do acórdão do colegiado estadual.

Mister observar que o *quantum* de aumento não contém flagrante desproporção, inclusive aproximando-se da fração de 1/6 pleiteada pela defesa e, no caso da associação, ficou determinado o aumento em patamar até mesmo inferior.

No tocante à causa especial de diminuição de pena, impende destacar que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Na espécie, verifica-se a impossibilidade de aplicação da referida causa especial de redução de pena, ante o não preenchimento dos requisitos legais para sua concessão, em razão da reincidência do paciente. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO NA SEGUNDA E NA TERCEIRA ETAPA. REINCIDÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO

(...)

2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

3. Reconhecida pela Corte de origem a reincidência do paciente, torna-se incabível a aplicação da mencionada benesse, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 363.761/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pressupõe a ocorrência, cumulativa, de 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa. Na hipótese dos autos, a reincidência do réu afasta, de plano, a concessão do benefício.

(...)

(HC 363.328/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

2. A negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da reincidência do paciente não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no próprio comando de regência da matéria, qual seja, o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que "(...) 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".

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 360.082/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016)

Além disso, com a condenação do paciente ao crime de associação para o tráfico, mantida neste voto, também por esse motivo resta afastada a aplicação do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, a teor da jurisprudência consolidada nesta Corte, exemplificada no julgado abaixo:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ESTABILIDADE E DA PERMANÊNCIA EM ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. TRÁFICO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO APTA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONTRARIEDADE A PRECEITO DE LEI FEDERAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PREJUDICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. No tocante ao pedido de absolvição, a presente via recursal não se presta ao revolvimento da matéria fático-probatória, como ocorre quando a decisão é atacada sob alegações de insuficiência e/ou má apreciação das provas, devendo a ilegalidade limitar-se a questões de direito, especificamente às de natureza legal federal, o que não se evidencia do presente caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No tráfico de entorpecentes, considerar-se-á na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (art. 42 da Lei 11.343/06), sendo que apenas majorações claramente desproporcionais ou não fundamentadas serão submetidas à revisão.

3. Nos termos do entendimento desta Corte, a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa.

4. Mantidos os termos do acórdão impugnado, resta prejudicada a análise dos pleitos de fixação de regime menos gravoso e de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o quantum de pena fixado, superior a 8 anos de reclusão, justifica o regime fechado, em consonância com a previsão legal contida no art. 33 do CP, bem como impede a concessão do benefício da substituição das penas, a teor do art. 44, I, do Código Penal.

5. A execução provisória das penas privativas de liberdade após o esgotamento das instâncias ordinárias, nos termos da atual jurisprudência, é consectário lógico da condenação, dispensando fundamentação aprofundada para seu deferimento.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1035945/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018)

Sem o acolhimento das teses trazidas a exame e, diante do esposado no art. 33, § 2º, "a" e seu § 3º do Código Penal, permanece a fixação do regime inicial fechado para cumprimento de pena, bem como a vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **conheço parcialmente do *habeas corpus* e, nessa parte, denego a ordem.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0040738-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 438.025 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00242492320158190054 242492320158190054

EM MESA

JULGADO: 07/08/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

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	: DIEGO DE JESUS VIANA MATTOS (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.