



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 481.683 - SC (2018/0320325-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : PEDRO WALICOSKI CARVALHO E OUTRO
ADVOGADOS : ARACELI ORSI DOS SANTOS - SC021758
CARLOS OSCAR KRUEGER - SC052310
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : BRUNA BUCHMANN (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DOS REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENAS-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 NO DELITO DE TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CONDENAÇÃO MANTIDA EM PATAMAR QUE EXCEDE 8 ANOS DE RECLUSÃO. PLEITOS PREJUDICADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação. No caso, o Tribunal *a quo*, com base no acervo probatório, firmou compreensão no sentido da efetiva prática do crime de associação para o tráfico, inclusive do ânimo associativo entre os agentes.

3. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

4. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes.

5. A condenação pelo crime de associação para o tráfico evidencia que o agente se dedica a atividades criminosas, o que inviabiliza a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

6. Mantida a condenação da paciente em patamar que excede 8 anos de reclusão, ficam prejudicados os pedidos de abrandamento do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos de direitos.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 481.683 - SC (2018/0320325-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : PEDRO WALICOSKI CARVALHO E OUTRO
ADVOGADOS : ARACELI ORSI DOS SANTOS - SC021758
CARLOS OSCAR KRUEGER - SC052310
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : BRUNA BUCHMANN (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de BRUNA BUCHMANN contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 0007626-60.2016.8.24.0036).

Consta dos autos que a paciente foi denunciada pela prática das condutas previstas nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei 11.343/2006, sobrevivendo sentença que a absolveu do crime de associação para o tráfico e a condenou pelo tráfico de drogas, na forma privilegiada, razão pela qual foi apenada com 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e multa, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 23/39).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo improvido o recurso da defesa e provido o ministerial para condenar a paciente pela prática do crime de associação para o tráfico e aumentar a pena aplicada ao crime de tráfico de drogas, mediante a exasperação da pena-base e o afastamento do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Em consequência, a pena da paciente foi redimensionada para 9 anos e 4 meses de reclusão e multa, o regime prisional foi alterado para inicial fechado e a substituição da pena foi cassada (e-STJ fls. 40/67). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A SAÚDE E INCOLUMIDADE PÚBLICAS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 33, CAPUT, E ART. 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). DENÚNCIA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO DEFENSIVO DE BRUNA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO DEVIDAMENTE COMPROVADAS. POLICIAIS QUE FUNCIONARAM NO CASO QUE AFIRMARAM DE FORMA FIRME E COERENTE QUE RECEBERAM INFORMAÇÕES DE QUE O COACUSADO E A APELANTE ESTAVAM REALIZANDO DISQUE-ENTREGA DE ENTORPECENTES, SENDO QUE O AUXILIAVA EMPRESTANDO OU CONDUZINDO SEU VEÍCULO PARA QUE ELE EFETUASSE A ENTREGA/VENDA AO USUÁRIO. DEPOIMENTO DE USUÁRIO DE DROGAS, EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS, DANDO CONTA QUE A APELANTE, MAIS DE UMA VEZ, ACOMPANHOU O COACUSADO DURANTE AS ENTREGAS E PRESENCIOU TODA NEGOCIAÇÃO ILÍCITA HAVIDA. CODENUNCIADO SURPREENDIDO COM DROGAS, CONDUZINDO O VEÍCULO DA RECORRENTE. APREENSÃO NA RESIDÊNCIA DO COACUSADO DE 85G DE CRACK E 25G DE COCAÍNA, ALÉM DE BALANÇA DE PRECISÃO E TRÊS ROLOS DE PAPEL FILME, UTILIZADO PARA EMBALAR AS DROGAS. CONDUTA DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE DE SE EXCLUIR OU MINORAR CONDENAÇÃO PENAL, NO CASO O PAGAMENTO DE MULTA, TÃO SOMENTE PORQUE A ACUSADA TEM PRECÁRIA SITUAÇÃO FINANCEIRA. OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO BIFÁSICO DE FIXAÇÃO DA PENA LEGALMENTE COMINADA AO DELITO. POSSÍVEL DEFICIÊNCIA FINANCEIRA QUE DEVERÁ SER SOLVIDA NO JUÍZO DA EXECUÇÃO, MEDIANTE PARCELAMENTO, SE FOR O CASO. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO FORD/FIESTA PERTENCENTE À APELANTE. AUTOMÓVEL UTILIZADO PARA TRANSPORTE DE DROGAS. PERDIMENTO MANTIDO. JULGAMENTO RECENTE DO STF (TEMA 647) CONCLUINDO PELO CONFISCO DE TODO E QUALQUER BEM DE VALOR ECONÔMICO APREENDIDO EM DECORRÊNCIA DO TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO EM RELAÇÃO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ACOLHIMENTO. DENÚNCIAS DANDO CONTA DE QUE HÁ APROXIMADAMENTE 3 (TRÊS) MESES OS ACUSADOS ESTAVAM REALIZANDO O NARCOTRÁFICO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS E DE USUÁRIO DE DROGAS EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS EVIDENCIANDO QUE BRUNA, CIENTE DO NARCOTRÁFICO EXERCIDO POR JOSIMAR, HABITUALMENTE, CONDUZIA SEU VEÍCULO AUTOMOTOR, PARA QUE ESTE REALIZASSE A ENTREGA DO ENTORPECENTE OU QUANDO NÃO ESTAVA PRESENTE, DE FORMA REITERADA, EMPRESTAVA SEU VEÍCULO PARA REALIZAÇÃO DO COMÉRCIO ESPÚRIO. PROVAS DA HABITUALIDADE ACERCA DA VENDA DE JOSIMAR E DO APOIO DIREITO DE BRUNA NA VENDA DOS ENTORPECENTES DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ELEMENTO SUBJETIVO PRESENTE. REFORMA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. PRETENSO AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS APLICADO AOS APELADOS. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DA REDUTORA. INCOMPATIBILIDADE, POR CONTA DA HABITUALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO. SENTENÇA REFORMADA NESTE PONTO. PRETENDIDA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE DE AMBOS OS ACUSADOS. VIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE AUTORIZA A ELEVAÇÃO DA PENA, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. ADEQUAÇÃO DAS REPRIMENDAS, CONSIDERANDO A CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE APLICADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA AO ACUSADO JOSIMAR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA REFORMADA POR ESTE COLEGIADO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA ÀS INSTÂNCIAS SUPERIORES. DETERMINAÇÃO EM OBSERVÂNCIA A RECENTE ORIENTAÇÃO DO STF (HC N. 126292/SP). PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DA ACUSAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.

Em consulta ao Sistema Justiça, verifico que a paciente interpôs recurso especial, que não foi admitido na origem, além de agravo em recurso especial, o qual não foi conhecido no âmbito desta Corte (AREsp 1.326.131/SC).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/17), os impetrantes sustentam que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois a condenou pela prática do crime de associação para o tráfico sem a demonstração e prova do vínculo associativo. Aduzem que a estabilidade e a permanência, necessários para a configuração desse crime, não pode ser presumido. Nesse contexto, entendem ser imperativa a absolvição da paciente no que toca à associação para o tráfico e, em consequência, o restabelecimento do privilégio no crime de tráfico de drogas.

Além disso, apontam ser indevida a exasperação da pena do tráfico ilícito de entorpecentes, pois a quantidade e a natureza das drogas apreendidas são circunstâncias inerentes à configuração desse delito.

Em consequência da redução da pena, defendem que a paciente faz jus ao regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, liminarmente e no mérito, pedem o restabelecimento da sentença.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 84/87).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 89/99, opinou pelo não conhecimento do *writ*, cuja emente segue transcrita:

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO.

- 1. O habeas corpus, quando utilizado como substituto de recursos próprios, não deve ser conhecido, somente se justificando a concessão da ordem de ofício quando flagrante a ilegalidade apontada..*
- 2. O remédio heroico não é a via adequada para analisar a pretensão de absolvição da conduta, quando não há flagrante ilegalidade e as alegações ensejam análise aprofundada do conjunto probatório.*
- 3. Se as instâncias ordinárias reputaram ausentes os requisitos necessários à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inviável afastar tal conclusão sem, antes, proceder à nova dilação probatória.*
- 4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, pelo reconhecimento fundamentado de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, não há ilegalidade na imposição do regime prisional mais gravoso.*
- 5. Parecer pelo não conhecimento do writ.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 481.683 - SC (2018/0320325-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, a absolvição da paciente em relação ao crime de associação para o tráfico, a redução das penas-base, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 ao tráfico de drogas e, em consequência da redução da pena, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos.

No que tange ao pleito absolutório, o Tribunal *a quo*, com base no acervo probatório, firmou compreensão no sentido da efetiva prática do crime de associação para o tráfico, inclusive do ânimo associativo entre os pacientes, conforme segue (e-STJ fls. 56/59):

Na hipótese em estudo, máxima venia, há prova segura na direção de estarem os acusados associados, de forma permanente, à prática do tráfico de drogas.

Em relação à materialidade do delito, é certo que pouco pode ser exigido, tendo em vista que o crime de que trata o art. 35 da Lei n. 11.343/2006 é crime formal, em que a intenção do agente se presume do seu próprio ato, que se reputa consumado independentemente do resultado que possa produzir. É que é inadmissível querer afirmar que o delito definido no art. 35 da Lei Antitóxicos possa ser incluído no elenco daqueles que necessariamente deixam vestígios. A ausência de vestígios é, ao contrário, a regra geral.

In casu, como visto, por força do crime de tráfico, a materialidade e a autoria do delito vêm assente no boletim de ocorrência (p. 7-10), do termo de exibição e apreensão (p. 26), do laudo de constatação (p. 27), laudo pericial (p. 233-235), bem como pelos depoimentos testemunhais colhidos durante a instrução do processo.

Em juízo, os policiais que funcionaram no caso foram uníssomos ao dizer que estavam recebendo informações há aproximadamente 2 (dois) ou 3 (três) meses de que os acusados Josimar e Bruna praticavam o narcotráfico. O apelado Josimar confessou em seu depoimento realizar o narcotráfico desde novembro, isto é, 2 (dois) meses, corroborando a versão dos agentes públicos.

Ainda, dos depoimentos dos policiais civis, ambos foram uníssomos ao dizer que as entregas de drogas eram efetuadas pelo veículo de propriedade de Bruna, tanto que foi a partir da placa do automóvel é que passaram a realizar o monitoramento. Salientaram que as denúncias sempre davam conta da participação de Bruna no ilícito, porquanto entregava drogas junto com o coacusado Josimar. O policial Gilvan, afirmou ainda, que conversou com dois usuários, Emerson e Rafael, os quais confirmaram a presença de Bruna durante as transações, sendo que o último afirmou, ainda, ter Bruna efetuado a entrega uma vez sozinha.

O usuário de drogas Carlos Nart, identificado pelos policiais como comprador frequente dos acusados, em ambas as fases processuais, confirmou que a acusada Bruna acompanhava o acusado Josimar durante a entrega, conduzindo o automotor, e presenciava a transação ilícita. Informou, ainda, que o acusado comumente entregava drogas no veículo Ford/Fiesta, tendo poucas vezes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilizado uma moto de cor escura. E, apesar de ter informado, em juízo, que Bruna acompanhou somente algumas vezes Josimar, na fase policial, afirmou que quando Josimar entregava drogas de carro, normalmente sua namorada estava junto e acompanhava toda a situação.

Nesse ponto, merece credibilidade a versão dada pelo usuário Carlos Nart, na fase policial, quanto à efetiva participação de Bruna, porquanto está em consonância com todas as demais provas amealhadas ao processo, sendo certo sua tentativa frustrada de querer afastar o vínculo associativo dos acusados, quando asseverou em juízo que ela apenas acompanhava a negociação do interior do automotor (p. 342-3423). Convenhamos. A prova é plena em tal sentido.

Em que pese os depoimentos das testemunhas de defesa, afirmando que Bruna não residia com Josimar, tal circunstância não descaracteriza o vínculo associativo entre ambos, isso porque, as provas encartadas no processo dão conta de que a acusada Bruna, pelo menos nos últimos dois meses, habitualmente acompanhava o acusado Josimar, conduzindo seu veículo automotor para realização das entregas dos entorpecentes. Além disso, quando não estava presente, emprestava seu veículo para Josimar realizar o comércio ilegal, e o faziam com ânimo associativo estável para tanto – comércio espúrio de narcóticos.

Os apelados, por sua vez, não lograram êxito em desconstituir a prova. Note-se:

A acusada Bruna, no termo de interrogatório em juízo, negou a prática do tráfico de drogas, afirmando que à época dos fatos estava desempregada, e que na semana antes do flagrante, foi na residência do acusado todos os dias e lá permanecia durante todo dia para cuidar de um filhote de cachorro, pertencente ao seu namorado. Salientou, ainda, que quando estava na residência e não utilizava o veículo, emprestava ao coacusado. Ao ser questionada sobre o usuário Carlos Nart, afirmou que foi à residência dele, pois Josimar estava contratando-o para realização de serviços de marceneira, não tendo participado da negociação.

O acusado Josimar, em seu termo de interrogatório, confessou o narcotráfico, porém, negou a participação de Bruna, afirmando que ela não presenciava a negociação ilícita, pois sempre que ela estava junto descia do carro para efetuar a entrega.

Como se vê, a negativa dos recorridos encontra-se isolada nos autos, na medida em que os depoimentos dos policiais e do usuário dão conta de que Bruna conduzia seu automóvel e presenciava toda negociação no momento em que Josimar realizava a entrega de droga.

Vale frisar, pelo contexto probatório amealhado, resta evidente que não se trata de concurso de pessoas ocasional, a união de esforços



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

era permanente, porquanto Bruna habitualmente acompanhava o coacusado Josimar, conduzindo seu veículo automotor para realização das entregas dos entorpecentes ou quando não estava presente, emprestava seu veículo, também de forma reiterada, para Josimar realizar o comércio ilegal.

Portanto, a versão apresentada pelos policiais, aliada aos depoimentos testemunhais do usuário de drogas demonstra a vontade dos agentes em se unirem de forma estável e permanente para a venda de drogas.

Logo, pelo conjunto probatório, não há dúvidas de que Josimar e Bruna estavam ajustados de modo estável e permanente para a finalidade de realizarem o comércio ilícito de drogas, razão pela qual, reforma-se a sentença, para condenar os apelados também pelo crime do art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006.

E, como cediço, o *habeas corpus*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA ASSOCIAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. PARECER ACOLHIDO.

[...]

2. Tendo a instância de origem concluído, com base em elementos concretos, que foi comprovada a prática da associação criminosa, para se chegar a conclusão diversa, necessário o exame do conjunto-fático probatório, inviável em sede de habeas corpus.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido (HC 297.075/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 22/9/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO ATIVA. ABSOLVIÇÃO POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

2. A pretensão de absolvição por insuficiência de provas não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.

3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

4. As condenações por associação para o tráfico tem o condão de inviabilizar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, pois essa circunstância impede que o agente preencha os requisitos legais para a aplicação da minorante. Precedentes.

5. Estabelecida a pena definitiva em 11 (onze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, o regime prisional fechado é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

6. O não preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal) obsta a substituição da pena por restritiva de direitos.

7. Habeas Corpus não conhecido (HC 330.491/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 12/8/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTRITA DO WRIT. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - Não se presta o remédio heróico a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, a pretensão de absolvição dos delitos previstos nos artigos 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei n. 11.343/06.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício (HC 326.074/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 21/3/2016).

Dessa forma, não prospera o pleito absolutório.

Em relação ao pedido de redução da pena, importa considerar que a dosimetria insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Além disso, o art. 42 da Lei 11.343/2006 prescreve que "O juiz, na fixação das penas, considerará, 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".

Dessa forma, a quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesse sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/5 NA SEGUNDA FASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

3. Caso em que a exasperação da pena-base em 2/5 acima do mínimo legal (7 anos), em virtude da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (45 tubos plásticos contendo cocaína, 82 tubos plásticos contendo crack e 91 papérols de maconha), não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador. Precedentes.

[...]

6. Writ não conhecido.

(HC 328.280/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 29/10/2015)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA ANTE A NATUREZA DO ENTORPECENTE. SEGUNDA FASE. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 6 MESES. RAZOABILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. REDUTOR EM 1/2. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM DENEGADA.

1. Não há ilegalidade a ser sanada no ponto em que as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base ante a natureza altamente nociva da droga apreendida - cocaína em pó e na forma de "crack" -, em observância ao poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria da pena e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido

(HC 306.565/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, DJe 7/5/2015)

No caso, seguem os fundamentos apresentados pelo Tribunal *a quo* para exasperar as penas-base na fração de 1/6 (e-STJ fls. 62/63):

O acusação busca, ainda, a majoração da pena-base dos acusados, ante a quantidade e a natureza das drogas apreendidas.

A tese também deve ser acolhida.

Isso porque o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 autoriza a utilização da natureza e quantidade da droga como critério para a fixação da pena.

Cite-se: "Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, 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".

Na hipótese, repita-se, foi apreendido em poder dos acusados 85g (oitenta e cinco gramas) de crack, 25g (vinte e cinco gramas) de cocaína. Além disso, na posse indireta do acusado Josimar (residência de Almir) foram apreendidos 5g (cinco gramas) de crack, o que totaliza 115g de narcóticos.

Portanto, considerando a quantidade, natureza (cocaína e crack) e diversidade das drogas, razoável a exasperação da pena-base dos apelados Josimar e Bruna.

É o que entende este Tribunal:

[...]

Logo, a majoração da pena-base dos acusados Josimar e Bruna é medida que se impõe.

Assim, na espécie, não comporta reparo o incremento das penas na primeira fase da dosimetria.

Quanto ao pedido de aplicação da minorante prevista no § 4 do art. 33 da Lei 11.343/2006 no crime de tráfico de drogas, seguem os fundamentos exarados pela Corte local para afastar o benefício (e-STJ fls. 59/62):

O Ministério Público pretende o afastamento da benesse do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas aplicada aos apelados.

Com razão.

Isso porque, como visto, os acusados, pelo apelo deflagrado pela acusação, também foram condenados pelo crime de associação para o tráfico, delito que exige habitualidade criminosa, o que, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

si só, sem maiores delongas, afasta o benefício aplicado na sentença.

Cite-se a regra:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, 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 (grifou-se).

Colhe-se de precedente desta Câmara:

[...]

Por consequência, afasta-se a benesse do art. 33, § 4º, da Lei de drogas concedida aos apelados Josimar e Bruna. A adequação da pena será efetuada em tópico específico.

Nessa esteira, inexistente ilegalidade a ser reparada, pois a jurisprudência reiterada desta Corte é pacífica no sentido de que a condenação pelo crime de associação para o tráfico evidencia que o agente se dedica a atividades criminosas, o que inviabiliza a incidência da referida minorante no crime de tráfico de drogas.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO ATIVA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

4. As condenações por associação para o tráfico tem o condão de inviabilizar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antidrogas, pois essa circunstância impede que o agente preencha os requisitos legais para a aplicação da minorante. Precedentes.

[...]

6. O não preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal) obsta a substituição da pena por restritiva de direitos. 7. Habeas Corpus não conhecido (HC 330.491/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 12/8/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CRIME PREVISTO NO ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

2. É inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 do mesmo diploma legal, por estar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, especialmente voltada, no caso, para o cometimento do narcotráfico.

[...]

8. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 338.964/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 6/6/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE NA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DAS PENAS. RAZOABILIDADE. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. PENA NO MÍNIMO LEGAL. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, B E §3º DO CP. SEMIABERTO. REGIME COMPATÍVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. ~

[...]

IV - Na linha da jurisprudência firmada por esta Corte Superior de Justiça, a condenação por associação para o tráfico obsta, automaticamente, o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por revelar que o indivíduo se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dedica à atividade criminosa (precedentes).

[...]

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício tão somente para que seja fixado o regime semiaberto de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP (HC 325.482/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 7/6/2016).

Por fim, mantida a condenação da paciente em patamar que excede 8 anos de reclusão, ficam prejudicados os pedidos de abrandamento do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos de direitos.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0320325-9

HC 481.683 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00065601120178240036 00076266020168240036 65601120178240036
76266020168240036

EM MESA

JULGADO: 07/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PEDRO WALICOSKI CARVALHO E OUTRO
ADVOGADOS : ARACELI ORSI DOS SANTOS - SC021758
CARLOS OSCAR KRUEGER - SC052310
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : BRUNA BUCHMANN (PRESO)
CORRÉU : ALMIR SEBASTIAO FERREIRA
CORRÉU : JOSIMAR JOEL KREISSIG

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.