



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.736 - MG (2009/0119124-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : GUILHERME TINTI DE PAIVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WESLEY FERNANDO DA SILVA

EMENTA

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

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

2. O Magistrado, ao destacar a natureza das drogas apreendidas, atuou em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que preconiza 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".

3. Não foram indicados elementos concretos e idôneos dos autos que, efetivamente, evidenciassem especial agressividade e/ou perversidade do agente, ou mesmo menor sensibilidade ético-moral, de modo que não há como manter a conclusão pela desfavorabilidade da personalidade.

4. Não mencionado fundamento concreto que, de fato, demonstrasse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a inadequação do comportamento do paciente no interior do grupo social a que pertence (família, vizinhança, trabalho, escola etc.), deve ser afastada a análise desfavorável da conduta social do agente.

5. 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.

6. O regime fechado é o que se mostra suficiente para a prevenção e a repressão dos delitos cometidos pelo paciente, condenado à reprimenda de 9 anos e 10 meses de reclusão.

7. Não há como conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o paciente ficou definitivamente condenado à pena de 9 anos e 10 meses de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base aplicada ao paciente em relação ao delito de tráfico de drogas e, conseqüentemente, tornar a sua reprimenda definitiva em 9 anos e 10 meses de reclusão, observado o concurso material.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 05 de abril de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.736 - MG (2009/0119124-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : GUILHERME TINTI DE PAIVA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : WESLEY FERNANDO DA SILVA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

WESLEY FERNANDO DA SILVA, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (Apelação Criminal n. 1.0474.08.037553-5/001).

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que é injusta a condenação pelo delito de associação ao tráfico, considerando-se que os corréus foram absolvidos.

Enfatiza que "a denúncia é clara e cristalina em afirmar que a associação era composta pelos denunciados, tais sejam, Wesley, Elias e Isaias" (fl. 4), e, por isso, a sentença é contraditória, ao condenar o paciente mesmo tendo absolvido os demais réus.

Sustenta que "o magistrado de primeira instância utilizou de conceitos vagos e genéricos para considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais para aplicar a pena acima do mínimo legal" (fl. 10).

Afirma que "o paciente é primário e possuidor de bons antecedentes, devendo se presumir a ausência de participação em organização criminosa, salvo prova robusta em sentido contrário, que não foi indicada na denúncia, na sentença e nem tão pouco no acórdão" (fl. 15), razão pela qual deve ser aplicada a causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Destaca que, sendo acolhidos os pedidos acima, deve a reprimenda privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direitos, além de ser fixado o regime aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer a concessão da ordem, para que seja o paciente absolvido em relação ao delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas. Nesse ponto, pleiteia, eventualmente, a anulação do acórdão e o relaxamento da prisão.

Pugna ainda, quanto ao delito de tráfico de drogas, para que seja:

- a) fixada a pena-base no mínimo legal;
- b) aplicada, em sua fração máxima, a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006;
- c) substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e
- d) fixado o regime aberto.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.736 - MG (2009/0119124-0)

EMENTA

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

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

2. O Magistrado, ao destacar a natureza das drogas apreendidas, atuou em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que preconiza 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".

3. Não foram indicados elementos concretos e idôneos dos autos que, efetivamente, evidenciassem especial agressividade e/ou perversidade do agente, ou mesmo menor sensibilidade ético-moral, de modo que não há como manter a conclusão pela desfavorabilidade da personalidade.

4. Não mencionado fundamento concreto que, de fato, demonstrasse a inadequação do comportamento do paciente no interior do grupo social a que pertence (família, vizinhança, trabalho, escola etc.), deve ser afastada a análise desfavorável da conduta social do agente.

5. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

narcotráfico.

6. O regime fechado é o que se mostra suficiente para a prevenção e a repressão dos delitos cometidos pelo paciente, condenado à reprimenda de 9 anos e 10 meses de reclusão.

7. Não há como conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o paciente ficou definitivamente condenado à pena de 9 anos e 10 meses de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base aplicada ao paciente em relação ao delito de tráfico de drogas e, conseqüentemente, tornar a sua reprimenda definitiva em 9 anos e 10 meses de reclusão, observado o concurso material.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Habeas corpus substitutivo

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade**, que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

II. Contextualização

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena total de 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais 1.250 dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 (5 anos e 9 meses e 550 dias-multa) e 35 (3 anos e 700 dias-multa), ambos da Lei n. 11.343/2006, e no art. 1º da Lei n. 2.252/1954 (1 ano e 9 meses).

Segundo foi apurado, o paciente, juntamente com corréus e com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a participação de menores, foi surpreendido na posse de aproximadamente **18,6 g de crack, 3,48 g de cocaína e 54,4 g de maconha**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inconformada, a defesa interpôs apelação, à qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para absolver o réu em relação ao delito previsto no art. 1º da Lei n. 2.252/1954, permanecendo condenado à pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, no regime fechado, mais multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei de Drogas.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs recurso especial (REsp n. 1.161.714), ao qual este Superior Tribunal deu provimento, para restabelecer a condenação pelo delito de corrupção de menores.

III. O delito de associação para o narcotráfico

Quanto ao pleito de absolvição pela prática do delito de associação ao crime de tráfico, observo que assim narra a denúncia (fl. 38):

[...] os denunciados associaram-se para o fim de praticar o crime de tráfico de drogas na cidade de Paraopeba.

Restou apurado que os denunciados, residentes no imóvel referido acima, sub-divididos em três barracões, ao comando de Terceira Pessoa, se associaram para a prática do tráfico de drogas em Paraopeba [...].

O Juiz sentenciante, apesar de absolver os corréus pelo mencionado delito, condenou o paciente com base nos seguintes fundamentos (fls. 220-221, destaquei):

No tocante à associação para o tráfico, não resta dúvidas de que as atividades de Wesley e Elias não se resumem a vender drogas. Na verdade, ao que tudo indica, Elias já nem está diretamente envolvido com a venda, limitando-se a supervisionar o trabalho dos subordinados. Do mesmo modo, **Wesley tem a tarefa de coordenar o trabalho de um grande grupo de pessoas, contratar menores para fazer o transporte da droga, administrar o recebimento dos valores, tudo isso sob circunstâncias que demonstram nitidamente a existência de uma organização criminoso, que implantou o terror no Bairro Nossa Senhora do Carmo.** O réu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isaías não parece estar integrado à quadrilha, sendo muito mais uma vítima de seu irmão do que verdadeiro comparsa.

Entretanto, mais uma vez deve-se reconhecer que é muito frágil a prova nestes autos com respeito à participação de Elias. O relatório do Delegado foi baseado no conhecimento de processos e ocorrências policiais anteriores, que todavia não foram juntadas a estes autos. Assim, deve-se absolver o réu Elias também dessa acusação, a despeito dos fortes indícios constantes em outros processos.

O Tribunal de origem, ao dar parcial provimento à apelação interposta pela defesa, manteve a condenação pelo delito de associação ao tráfico, conforme os argumentos abaixo delineados (fl. 292):

Em relação ao crime de associação para o tráfico merecem destaque o Relatório de ff. 73/74 e o quadro de f. 60 que revelam a existência de quadrilha organizada para o tráfico de drogas que se utilizava de menores para venda e distribuição dos entorpecentes, acobertados por sua inimizabilidade, sendo o teor das investigações policiais confirmado em juízo.

Em resposta a embargos declaratórios opostos pela Defensoria Pública, a Corte estadual esclareceu (fl. 327):

É que, da leitura atenta da denúncia, vê-se que a mesma, além de descrever que estavam todos os acusados associados entre si, relata que todos eles atuavam sob o comando de terceira pessoa, ainda não identificada, que também fornecia a droga. Ou seja a associação não se dava somente entre os denunciados mas também com outros envolvidos na organização.

Assim, mostra-se a sentença perfeitamente correlata com a denúncia, atendido o princípio da congruência, inexistindo contradição neste ponto.

Para melhor análise da questão *sub examine*, transcrevo, por oportuno, o disposto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

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

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

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

Considerando a expressão utilizada pelo legislador, de que a associação entre duas ou mais pessoas para o fim de praticar, **reiteradamente ou não**, quaisquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas, passou-se a perscrutar se, para a caracterização do crime de associação para o tráfico de drogas, seria necessário que a reunião entre os acusados se desse de forma estável, tal como é exigido no antigo crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), atual delito de associação criminosa, ou bastaria a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre duas ou mais pessoas para a prática das infrações constantes dos arts. 33 e 34.

A esse respeito, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, **é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa.**

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 33 E 35 DA LEI N.º 11.343/06. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. MERA ATUAÇÃO EM COMUM NA PRÁTICA DE UM DELITO. AUSÊNCIA DE ANIMUS ASSOCIATIVO. ATIPICIDADE RECONHECIDA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS, FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, EM TESE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

[...]

2. O acórdão impugnado entendeu pela desnecessidade do ânimo associativo permanente, reconhecendo que a associação para a prática de um crime seria suficiente para condenar a acusada como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06. Entretanto, **nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, para configuração do tipo de associação para o tráfico, necessário estabilidade e permanência na associação**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa. Atipicidade reconhecida.

3. Reconhecida a atipicidade da conduta de associação eventual para o tráfico de drogas, o édito condenatório perdeu seu único argumento para negar à Paciente a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, considerou o acórdão impetrado que a condenada, ora Paciente, não preenche os requisitos legais para a concessão da benesse por integrar associação criminosa.

[...]

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para cassar a condenação no tocante ao crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06 e determinar que o Eg. Tribunal de Justiça a quo proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão da minorante no prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e, consequentemente, do regime adequado de cumprimento de pena e da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Por se encontrar em idêntica situação processual, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos do julgado à corré LUCELINE DA SILVA PAIVA.

(HC n. 248.844/GO, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 28/5/2013)

Assim, para a caracterização do delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas, é necessário que o *animus* associativo seja efetivamente provado. Isso porque, se assim não fosse, estaria evidenciado mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico de drogas.

No caso, verifico que o Juiz de primeiro grau, ao concluir pela condenação do paciente em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, apontou elementos concretos constantes dos autos que, efetivamente, evidenciam **a estabilidade e a permanência** exigidas para a configuração de crime autônomo, havendo salientado que "Wesley tem a tarefa de coordenar o trabalho de um grande grupo de pessoas, contratar menores para fazer o transporte da droga, administrar o recebimento dos valores, tudo isso sob circunstâncias que demonstram nitidamente a existência de uma organização criminosa, que implantou o terror no Bairro Nossa Senhora do Carmo" (fls. 220-221).

O Tribunal de origem ainda salientou que "merecem destaque o relatório de ff. 73/74 e o quadro de f. 60, que revelam a existência de quadrilha organizada para o tráfico de drogas, que se utilizava de menores para a venda e distribuição dos entorpecentes" (fl. 292).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além disso, o fato de os corréus haverem sido absolvidos em relação ao referido delito não modifica a conclusão das instâncias ordinárias. Isso porque, conforme ressaltou o Tribunal de origem, o paciente foi denunciado por associação não apenas entre os codenunciados, mas também com terceira pessoa não identificada. Ademais, é certo que há três menores envolvidos na ação delituosa, tanto que o paciente foi condenado também pelo delito de corrupção de menores. Todos esses elementos justificam a condenação.

Nesse sentido: "A figura tipificada no art. 35 da Lei n.º 11.343/06 exige a presença de duas ou mais pessoas para a sua configuração. Assim, tendo sido absolvido um dos corréus, mas restando comprovada a participação de um adolescente na empreitada criminosa, de rigor a manutenção da condenação do paciente" (**HC n. 181.623/AC**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 12/4/2012).

Assim, não identifico nenhum constrangimento ilegal no ponto em que o Juiz sentenciante concluiu pela condenação do paciente pela prática do crime de associação para o narcotráfico, haja vista a existência de elementos concretos que, efetivamente, demonstram a estabilidade e a permanência da associação criminosa da qual era integrante.

Ademais, saliento que qualquer outra solução que não a adotada pelo Tribunal de origem implicaria o revolvimento do material fático-probatório amealhado aos autos, providência, consoante cediço, vedada na via estreita do habeas corpus.

IV. A pena-base

No que tange à pretendida redução da pena-base imposta em relação ao delito de **tráfico de drogas**, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o juiz deve considerar, ainda e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, verifico que o Juiz sentenciante assim fundamentou a aplicação da pena-base do paciente acima do mínimo legal, *in verbis* (fls. 221-222, grifei):

Analizando a conduta de Isaías, o réu agiu de forma reprovável, pois permitia o uso de sua residência para o tráfico por parte dos irmãos, embora soubesse dos males causados pela droga. O réu não tem antecedentes, não há informações sobre sua personalidade e conduta social. O motivo foi o próprio do crime, a saber, a obtenção de vantagem patrimonial. **As circunstâncias foram de maior gravidade, por tratar-se de tráfico de crack e cocaína, drogas de maior potencial ofensivo.** As consequências são inexistentes em crime de perigo abstrato. A vítima, a sociedade, concorre claramente para o crime, com uma demanda crescente por drogas, agindo de forma totalmente hipócrita ao condenar o tráfico que ela mesma incentiva.

[...]

Com respeito aos crimes praticados por Wesley, iniciando-se pelo tráfico de drogas, são idênticas as circunstâncias objetivas mencionadas acima. Quanto às subjetivas, o réu não tem antecedentes criminais, **mas são péssimas as informações sobre sua personalidade e conduta social.** Assim, fixa-se a pena-base em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa. Incide a atenuante da menoridade, reduzindo as penas para 05 anos e 09 meses de reclusão e 550 dias-multa.

A Corte estadual, ao manter a pena-base fixada acima do mínimo legal, justificou que (fl. 293):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na dosimetria, não verifico a nulidade apontada pelo recorrente.
[...]

As informações decorrentes de má personalidade e conduta social são aferidas pelas declarações do policial militar, que informa a existência de denúncias anônimas contra ele, mostrando-se correta, a meu aviso, a análise das demais circunstâncias judiciais.

Dos trechos anteriormente transcritos, verifico que o Magistrado considerou desfavoráveis ao paciente **as circunstâncias do crime, a personalidade e a conduta social**.

Em relação às **circunstâncias do delito**, as instâncias de origem destacaram que "trata-se de tráfico de crack e cocaína, drogas de maior potencial ofensivo" (fl. 221). Assim, inequívoca a conclusão de que as instâncias ordinárias, nesse ponto, atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que preconiza 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".

Quanto às demais circunstâncias, o Magistrado afirmou que "são péssimas as informações sobre sua personalidade e conduta social" (fl. 222). Por sua vez, o Tribunal *a quo* salientou que as mencionadas informações são aferidas "pelas declarações do policial militar, que informa a existência de denúncias anônimas contra ele" (fl. 293).

Nesse ponto, entendo evidenciado o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente, haja vista que **não foram indicados elementos concretos e idôneos** dos autos que, efetivamente, demonstrassem especial agressividade e/ou perversidade do agente, ou mesmo menor sensibilidade ético-moral, a ponto de justificar a conclusão pela desfavorabilidade da personalidade. Da mesma forma, também não se apontou nenhum fundamento concreto que, de fato, demonstrasse indicasse a inadequação do comportamento do paciente no interior do grupo social a que pertence (família, vizinhança, trabalho, escola etc.), de modo que deve ser afastada a análise desfavorável também da conduta social do agente.

Dessa forma, mantida a desfavorabilidade apenas das circunstâncias do delito, deve a pena-base do paciente ser reduzida de 6 anos de reclusão (fl. 222) para **5 anos e 4 meses de reclusão**. Registro que estou mantendo a mesma proporção utilizada pela Corte regional: aumento de 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão para cada circunstância judicial desfavorável.

V. A minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

No que tange à almejada aplicação, em favor do paciente, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, verifico que o Tribunal de origem entendeu indevida a incidência da benesse, consoante a seguir descrito (fl. 328):

Mantida a condenação pelo crime de associação, não há falar na aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nem em "tráfico privilegiado", tendo em vista que o benefício é vedado aos integrantes de organização criminosa.

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 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.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

Por isso mesmo, para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

No caso, não obstante o paciente fosse tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, verifico que o Tribunal de origem entendeu indevida a incidência da causa especial de diminuição de pena, com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais levaram a crer que o acusado **se dedicava a atividades criminosas, notadamente ao**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

narcotráfico, tanto que foi condenado também pelo cometimento do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 (associação para o narcotráfico).

Aliás, cumpre salientar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que **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 da Lei de Drogas**, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso, especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

Nesse sentido, menciono os seguintes julgados:

[...]

PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. BENEFÍCIO JÁ NEGADO EM OUTRO HABEAS CORPUS IMPETRADO PELO PACIENTE.

1. 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, consoante já reconhecido por esta colenda Quinta Turma no julgamento do HC n. 230.140/SP.

2. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 254.177/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 6/8/2013).

[...]

3. Este Tribunal Superior possui entendimento pacífico de que é inaplicável a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas tipificado no artigo 35 da mesma lei. Incidência do óbice do enunciado 83 da Súmula deste STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 157.178/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 12/6/2013).

Dessa forma, não identifico nenhum constrangimento ilegal também no ponto em que, fundamentadamente, foi negada ao paciente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

VI. Nova dosimetria da pena

Constatada a violação legal, passo à readequação da pena quanto ao delito de tráfico de drogas, considerando que a reprimenda-base do paciente ficou estabelecida, ante os fundamentos que declinei, em 5 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 533 dias-multa.

Na segunda fase, reduzo a pena para 5 anos e 1 mês de reclusão e 510 dias-multa.

Na terceira etapa, ausentes causas de aumento e de diminuição, razão pela qual torno **a reprimenda definitiva, pelo delito de tráfico de drogas, em 5 anos e 1 mês de reclusão mais 510 dias-multa.**

Pela incidência do art. 69 do Código Penal, as penas somadas (tráfico, associação e corrupção de menores) totalizam 9 anos e 10 meses de reclusão e 1.210 dias-multa.

VII. Regime de cumprimento da pena

Quanto à pretendida imposição de regime menos gravoso de cumprimento de pena, entendo inviável a concessão do benefício, haja vista que o paciente foi definitivamente condenado à reprimenda de 9 anos e 10 meses de reclusão, de modo que, de acordo com o art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, o regime fechado é o que se mostra suficiente para a prevenção e a repressão do delito cometido.

VIII. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

No que se refere à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também entendo inviável a concessão do benefício, por haver sido o paciente definitivamente condenado à reprimenda de 9 anos e 10 meses de reclusão, **superior, portanto, ao limite objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.**

IX. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço** do habeas corpus, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio.

Contudo, ao examinar o seu conteúdo, identifico parte do apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, **conceder a ordem**, a fim de reduzir em parte a pena-base em relação ao delito de tráfico de drogas e, por conseguinte, tornar a reprimenda do paciente definitiva em 9 anos e 10 meses de reclusão e 1.210 dias-multa, observado o concurso material.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0119124-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 139.736 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10474080375535 3755352008

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: GUILHERME TINTI DE PAIVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: WESLEY FERNANDO DA SILVA
CORRÉU	: ISAÍAS CARVALHO DA SILVA
CORRÉU	: ELIAS CARVALHO DA SILVA

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.