



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 479.977 - SP (2018/0309514-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIX BRAUN DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : SIMONE SOUSA DO CARMO (PRESO)
PACIENTE : CARLOS FERREIRA DA ROCHA (PRESO)
PACIENTE : WAGNER GONCALVES DE ALMEIDA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA IMPUTAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA INSUFICIENTE DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO VÍNCULO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENAS-BASES. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS QUE DESBORDAM DO ORDINÁRIO DO TIPO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE NO AUMENTO IMPOSTO. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO JUDICIAL DA PACIENTE SIMONE CONSIDERADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO PELO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SÚMULA 545/STJ. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO ART. 65, INCISO III, ALÍNEA 'D', DO CÓDIGO PENAL. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE GENÉRICA DA REINCIDÊNCIA. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO IMPOSSÍVEL. DEDICAÇÃO DOS PACIENTES À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO MANTIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, da Lei n. 11.343/2006) exige a demonstração do elemento subjetivo do tipo *específico*, qual seja, o *ânimo* de associação de *caráter duradouro e estável*. Do contrário, o caso é de mero concurso de pessoas.

- As instâncias ordinárias embasaram a condenação dos pacientes em elementos fáticos e probatórios concretos - com destaque para os depoimentos das testemunhas policiais -, os quais, detidamente examinados em primeiro e segundo grau de jurisdição, conduziram à conclusão de que os réus integrariam, de maneira estável e permanente, associação criminosa voltada à comercialização ilícita de entorpecentes, tendo, inclusive, vínculo com organização de âmbito nacional, o PCC. Desconstituir tal entendimento, para absolver os pacientes, implicaria aprofundado reexame dos fatos e provas carreados aos autos, procedimento que é incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

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

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

- Na hipótese, as penas-bases dos pacientes, tanto para o delito de tráfico de drogas quanto para a associação para o tráfico, foram exasperadas, em 2/5 sobre o mínimo legal, com fundamentação idônea e que torna patente a gravidade concreta dos crimes praticados, a ensejar maior rigor punitivo, qual seja, a quantidade e a natureza do material entorpecente apreendido - 1.396 supositórios contendo cocaína (1,105kg); 608 porções de maconha (823,74g de maconha); 39 supositórios contendo crack (27,54g); 1.006 pedras de crack (98,89g); e 9 porções a granel de crack (489,17g) (fl. 58) - que em muito desborda do ordinário dos tipos.

- A confissão da paciente SIMONE SOUSA DO CARMO foi, em alguma medida, considerada para respaldar o juízo condenatório pelo delito de tráfico de entorpecentes. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, expressa no enunciado n. 545 da Súmula desta Corte, *quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal*. Assim, ainda que retratada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judicialmente, no mesmo depoimento, e contraditória, se há confissão da ré, como ocorreu no caso, incabível o afastamento da respectiva atenuante.

- A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, por serem igualmente preponderantes, notadamente, nos casos em que o reconhecimento da referida agravante se dá em função de uma única condenação definitiva anterior.

- Dessarte, deve a ordem ser concedida, de ofício, apenas para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, relativamente ao delito de tráfico de entorpecentes praticado pela paciente SIMONE, e, não havendo razão concreta para que o aumento pela agravante da reincidência incida em fração superior à prudencialmente fixada, proceder à compensação integral das referidas circunstâncias.

- Não é possível a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, pois a referida *benesse* não é aplicável ao réu também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35, da Lei n. 11.343/2006, circunstância que denota, necessariamente, a sua dedicação à atividade criminosa.

- Em face das penas impostas aos pacientes, deve ser mantido o regime prisional inicial fechado, único aplicável às sanções de mais de 8 anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal. Outrossim, não é possível a substituição da prisão por restritivas de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo, previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- *Habeas corpus* não conhecido.

- Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena da paciente SIMONE DE SOUSA DO CARMO ao novo patamar de **13 anos, 10 meses e 18 dias de reclusão e 1.904 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, para reduzir a pena da paciente SIMONE DE SOUSA DO CARMO, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 14 de maio de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 479.977 - SP (2018/0309514-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIX BRAUN DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : SIMONE SOUSA DO CARMO (PRESO)
PACIENTE : CARLOS FERREIRA DA ROCHA (PRESO)
PACIENTE : WAGNER GONCALVES DE ALMEIDA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/20) com pedido liminar impetrado em benefício de SIMONE DE SOUSA DO CARMO, FÉLIX BRAUN DOS SANTOS, CARLOS FERREIRA DA ROCHA e WAGNER GONÇALVES DE ALMEIDA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002120-30.2016.8.26.0495 - fls. 76/105).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou os pacientes, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos c.c. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, e na forma do art. 69, do Código Penal, às penas de **11 anos e 8 meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e 1.497 dias-multa, no valor mínimo legal (FÉLIX); 16 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e 2.034 dias-multa, no valor mínimo legal (SIMONE e CARLOS); e 14 anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e 1.749 dias-multa, no valor mínimo legal (WAGNER) (fls. 58/75).**

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, na Corte estadual, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir as penas dos acusados, resultando as novas reprimendas definitivas: de FÉLIX em **10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 1.496 dias-multa;** de SIMONE e CARLOS em **15 anos, 2 meses e 28 dias de reclusão, e pagamento de 2.034 dias-multa;** e de WAGNER em **13 anos e 24 dias de reclusão, e pagamento de 1.749 dias-multa,** mantendo-se os demais termos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação. Transcrevo, a seguir, a ementa do julgado:

"MATERIALIDADE - auto de apreensão e laudo toxicológico que restou positivo para a presença do elemento ativo - comprovação que o material apreendido é droga.

AUTORIA - depoimento policial que indica a apreensão de entorpecentes em poder dos réus, no momento em que fracionavam e embalavam as drogas, e de mais entorpecentes em local indicado por um deles - validade - depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado - inocorrência no caso em tela.

TRÁFICO - destinação a terceiros - indícios tais como variedade e grande quantidade, incomum com a figura de usuário; forma de acondicionamento, uma parte já embalada para a venda a varejo e a outra ainda em pedaços, prontas para serem divididas; apreensão de duas balanças de precisão, material para embalagem das drogas, lâminas e uma folha de caderno com anotações referente ao tráfico.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - materialidade e autoria comprovadas pela prova oral colhida nos autos - drogas encontradas com os réus - demonstração do animus associativo entre os réus - divisão de tarefas entre eles - confirmação de associação permanente entre os réus - condenação de rigor.

PENA - RÉU FÉLIX - tráfico - base exasperada em 2/5 em face da quantidade e natureza das drogas apreendidas - manutenção - presente a atenuante da menoridade - redução da pena em 1/6 - correção da pena de multa - presente causa de aumento que se relaciona com o envolvimento de menor - exasperação em 1/6 - crime de associação - base acima do mínimo legal - redução da base - aplicação do mesmo patamar aplicado à pena base do tráfico - pena base de multa mantida por ser mais benéfica ao réu - presente a atenuante da menoridade - redução da pena em 1/6 - correção da pena de multa - presente causa de aumento que se relaciona com o envolvimento de menor - exasperação em 1/6 - concurso material - soma das penas.

RÉUS SIMONE E CARLOS - tráfico - base exasperada em 2/5 em face da quantidade e natureza das drogas apreendidas - manutenção - presente a agravante da reincidência - exasperação em 1/6 - presente causa de aumento que se relaciona com o envolvimento de menor - exasperação em 1/6 - erro material - correção da pena privativa de liberdade por ser mais benéfica e manutenção da pena de multa estabelecida na sentença por ser mais benéfica - crime de associação - base acima do mínimo legal - redução da base - aplicação do mesmo patamar aplicado à pena base do tráfico - pena base de multa mantida por ser mais benéfica ao réu - presente a agravante da reincidência - exasperação em 1/6 - presente causa de aumento que se relaciona com o envolvimento de menor -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação em 1/6 - reconhecido o concurso material - soma das penas.

RÉU WAGNER - tráfico - base exasperada em 2/5 em face da quantidade e natureza das drogas apreendidas - mantença - ausentes agravantes e atenuantes - presente causa de aumento que se relaciona com o envolvimento de menor - exasperação em 1/6 - crime de associação - base acima do mínimo legal - redução da base - aplicação do mesmo patamar aplicado à pena base do tráfico - pena-base de multa mantida por ser mais benéfica ao réu - ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes - presente causa de aumento que se relaciona com o envolvimento de menor - exasperação em 1/6 - reconhecido o concurso material - soma das penas - provimento para reduzir as penas dos réus.

REGIME - apreensão de considerável quantidade de droga - natureza dos entorpecentes que possui alto potencial lesivo - alta reprovabilidade e periculosidade - réus SIMONE e CAIO - reincidentes - o regime deve ser o necessário para dissuadi-los a retornar a delinquir (BECCARIA) - regime fechado - necessidade - inviável a substituição da pena em face do quantum de pena e da alta reprovabilidade - artigo 44, I e III, do CP - detração - não cabimento no presente caso - regime que foi fixado com base em circunstâncias desfavoráveis - improvimento aos apelos." (fls. 77/78).

No presente *mandamus*, a impetrante aduz que os pacientes foram condenados por **associação para o tráfico** sem que existisse qualquer demonstração da **estabilidade** e **permanência** do seu vínculo. Nesse sentido, afirma que a condenação dos pacientes pelo referido delito, no caso, advém de **mera suspeita**, dada a ausência de investigação adequada e de **prova suficiente**, tendo o ânimo associativo sido reconhecido apenas em razão de denúncia anônima e de declarações informais.

Alega que a **exasperação das penas-bases** dos pacientes não contou com fundamentação idônea, pois a **variedade** e a **quantidade das drogas** apreendidas não desbordam do ordinário do tipo.

Defende que a Corte de origem afastou, de modo ilegal, o reconhecimento da **atenuante da confissão espontânea**, relativamente à paciente SIMONE, no entanto, essa foi circunstância fundamental para a elucidação dos fatos.

Sustenta que, na terceira fase da dosimetria das penas dos pacientes FÉLIX e WAGNER, deve ser aplicado o **redutor do tráfico privilegiado**, pois, afastada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação de ambos pela **associação para o tráfico**, e considerando a sua **primariedade** e os **bons antecedentes**, estão satisfeitos os requisitos legais objetivos e subjetivos do benefício. Assevera que a causa de diminuição, ademais, deve ser aplicada em grau máximo, com a consequente **alteração do regime prisional inicial para a modalidade aberta e substituição da prisão por restritivas de direitos**.

Ao final, requer, liminarmente, seja a ordem concedida para colocar, desde já, os pacientes em **regime inicialmente aberto**. No mérito, pede: a absolvição dos pacientes da imputação de **associação para o tráfico**; a redução de suas **penas-bases**; o **reconhecimento da atenuante da confissão**, relativamente à paciente SIMONE; a concessão do privilégio do **art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**, para os pacientes FÉLIX e WAGNER; o abrandamento do regime prisional inicial e a substituição da prisão por restritivas de direitos para todos os pacientes.

A liminar foi indeferida, às fls. 111/115.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem (fls. 120/123).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 479.977 - SP (2018/0309514-5)

VOTO

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

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

A impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal aos pacientes, pois manteve as condenações pelo crime de **associação para o tráfico** sem prova suficiente para tal. Afirma que esse crime exige prova da **estabilidade** e da **permanência** do ânimo associativo, inexistente na hipótese dos autos.

Para a adequada delimitação da questão, colaciono os excertos seguintes dos títulos judiciais da origem:

"Do crime de ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO:

Tal como se dá com o crime de tráfico, o crime de associação para o tráfico, restou configurado, conforme se pode extrair das assertivas acima.

Restou plenamente configurado que os réus FELIX BRAUN DOS SANTOS, SIMONE DE SOUZA DO CARMO, CARLOS FERREIRA DA ROCHA e WAGNER GONÇALVES DE ALMEIDA estavam associados entre si, e com os adolescentes M de O S, H S J e R de C F, para a prática do crime de tráfico de drogas, bem como de ter em depósito, para fins de tráfico, as drogas acima mencionadas.

Tal postura cumpre as elementares do tipo penal do art. 35 da Lei 11.343/2006, impondo a condenação aos acusados também por esse delito. Isto porque no feito restou delineado que a acusada SIMONE e o acusado CARLOS eram gerentes do tráfico e que FÉLIX e CARLOS eram auxiliares que ajudavam na individualização do material.

A quantidade imensa de drogas encontrada com o grupo, assim como os petrechos e os dados de contabilidade salientados pela Polícia Civil indicam que o bando era organizado e representava forte célula do tráfico na comarca de Registro, com ligações, inclusive com o PCC como esclareceram os Policiais." (fl. 62).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Do crime de associação.

Para a configuração do tipo do artigo 35 da Lei 11.343/06 não basta simples associação para a prática dos crimes previstos no artigo 33, caput e § 1º, e artigo 34, ambos do mesmo Diploma Legal.

Para a existência do crime autônomo de associação é necessária a presença do animus associativo, ou seja, que se demonstre prévio acordo de vontades para, de forma estável e permanente, a prática dos crimes previstos no artigo 33, caput e § 1º, e artigo 34, ambos da Lei 11.343/06.

Já na legislação anterior, Lei 6.368/76, havia a distinção entre a associação estável e permanente, capitulada no artigo 14; e, associação eventual, coautoria, prevista no artigo 18, III.

A atual legislação não prevê causa de aumento pela coautoria, restando só o crime autônomo, que como visto exige estabilidade e permanência.

Este entendimento é tranquilo em toda a doutrina acerca da matéria.

[...]

A circunstância do tipo legal fazer uso da expressão reiteradamente ou não não afasta a necessidade da estabilidade e permanência. Quando faz uso da expressão quer o tipo penal deixar claro que o crime de associação é autônomo daqueles que venham a ser eventualmente praticados pelo grupo, existindo caso sejam praticados de forma reiterada ou não. Mesmo sem qualquer crime, a simples associação já tipifica a conduta do artigo 35 da Lei 11.345/2006.

[...]

No caso dos autos, MARIVAL e LEOPOLDO, policiais civis, disseram que havia denúncia anônima no sentido de que na casa da ré SIMONE havia tráfico de drogas e guarda de arma de fogo, com a nota de que a informação também dava conta de que os réus SIMONE e CARLOS comandavam o tráfico de drogas no local.

E, de fato, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão, os acusados CARLOS e SIMONE foram abordados no interior da residência, no momento em que fracionavam e embalavam as drogas.

Desta forma embora a denúncia anônima seja o suficiente para a instauração da persecutio criminis, também serve de indício de que os acusados estavam associados para a prática da traficância, posto que se não fossem verdadeiras as informações anônimas que chegaram à Polícia, dando conta de que se dedicavam ao tráfico, não seria deflagrada a diligência que culminou com a abordagem dos dois acusados em plena atuação conjunta e com o manuseio de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grande quantidade de drogas, o que indica também que vinham se dedicando à atividade criminosa, tal como descrito na denúncia anônima, é dizer, na qualidade de gerentes do tráfico.

Some-se a isso as declarações informais de todos os presentes no sentido de que duas vezes por semana ali se reuniam a fim de dividirem as drogas em porções menores e depois embalarem para a venda.

Assim, demonstrado prévio acordo de vontades, de forma estável e permanente, para a prática dos crimes previstos no artigo 33, caput, do Código Penal." (fls. 90/93).

Consigne-se, de início, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a configuração do **crime de associação para o tráfico de drogas** (art. 35, da Lei n. 11.343/2006) exige a demonstração do elemento subjetivo do tipo específico, qual seja, o *ânimo* de associação de **caráter duradouro e estável**. Do contrário, o caso é de mero concurso de pessoas.

Nesse sentido, podem ser citados, dentre outros, os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO EM 2º GRAU. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O tipo penal do art. 35 da Lei 11.343/06 exige a comprovação do vínculo associativo estável.

2. Tratando-se de matéria eminentemente de direito, que prescinde de reexame fático-probatório, não incide a Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 939.825/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

"PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. REUNIÃO ESTÁVEL E PERMANENTE DE PELO MENOS DUAS PESSOAS. ABSOLVIÇÃO DO CORRÉU. CRIME DE CONCURSO NECESSÁRIO. CONDENAÇÃO DE SOMENTE UMA PESSOA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, 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.º 11.343/2006" (HC 166.979/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 15/08/2012).

3. In casu, inocentado o corréu da prática de associação para o tráfico, não poderia a paciente ser condenada pelo referido delito, por ausência do elemento subjetivo exigido para sua caracterização (associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, crimes previstos nos arts. 12 ou 13 da Lei n. 6.368/1976), sendo essencial a reunião estável e permanente de mais de um agente com o dolo específico (tráfico de drogas).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de restabelecer a sentença de primeiro grau, especificamente no ponto referente à absolvição quanto ao delito de associação para o tráfico, e para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena. (HC 264.585/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015)

Da leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que as instâncias ordinárias embasaram a condenação dos pacientes em elementos fáticos e probatórios concretos - com destaque para os depoimentos das testemunhas policiais -, os quais, detidamente examinados em primeiro e segundo graus de jurisdição, conduziram à conclusão de que os réus integrariam, de maneira **estável e permanente**, associação criminosa voltada à comercialização ilícita de entorpecentes, tendo, inclusive, vínculo com organização de âmbito nacional, o PCC.

Desconstituir tal entendimento, para **absolver os pacientes**, implicaria aprofundado **reexame dos fatos e provas** carreados aos autos, procedimento que, como é cediço, é incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AUDIÊNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO POR ESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO. INVIABILIDADE. MANTIDA A CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 35 DA LAD. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - O eg. Tribunal de origem concluiu pela suficiência da prova da materialidade e autoria do crime de associação para o tráfico. Modificar esta conclusão para absolver a paciente demandaria, impreterivelmente, o amplo revolvimento do acervo fático probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus.

[...]

Habeas Corpus não conhecido (HC 445.838/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 7/6/2018, DJe 20/6/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE ILEGAL DE ARMA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. VASTO ACERVO PROBATÓRIO AMEALHADO AOS AUTOS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS PARA O DELITO DE ARMAS. INADMISSIBILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO NÃO ATENDIDO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO DEMONSTRAM A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA ESTATAL MAIS INCISIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heroico. Não obstante isso, a condenação da paciente, em todos os delitos que lhe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foram imputados, foi lastreada em vasto acervo probatório amealhado ao longo da instrução criminal.

[...]

7. Habeas Corpus não conhecido (HC 441.434/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 7/5/2018).

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

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

Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico restaram plenamente caracterizados. Reportando-se a elementos múltiplos de convicção, a sentença considerou a associação estável do paciente para a prática do crime de tráfico de drogas. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de absolvição, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

[...]

6. Ordem parcialmente concedida a fim de reduzir a pena do paciente, quanto aos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, para o total de 14 anos, 2 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 2.041 dias-multa, no valor unitário mínimo (HC 385.007/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 3/4/2018, DJe 9/4/2018).

Assim, é de ser mantida a condenação dos pacientes, nos termos da sentença e do acórdão hostilizados.

A defesa, além disso, assevera que as **penas-bases** dos delitos pelos quais os pacientes foram condenados sofreram exasperação indevida. Nesse sentido, sustenta que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressiva quantidade de drogas é circunstância inerente aos delitos imputados e que, de todo modo, o incremento realizado foi excessivo.

O excerto do acórdão impugnado relevante, no ponto, é o seguinte:

"Do réu FÉLIX - crime de tráfico.

Na primeira fase, em face da grande quantidade e da variedade de droga apreendida, a base foi fixada em 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, o que não merece reparos.

Na dosagem da pena, observo que foi apreendida grande quantidade de entorpecente. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública, fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um enorme número de pessoas, circunstância que autoriza a exasperação da pena em face da maior reprovabilidade da conduta.

O fato de ser primário e não ostentar antecedentes não afasta o aumento, visto a maior ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, saúde pública, fato que autoriza exasperação da pena, principalmente em vista do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, que afirma que a quantidade de entorpecente apreendido tem preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal.

[...]

Ainda nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser também considerada a natureza da droga. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. No caso, a natureza das drogas apreendidas, crack e cocaína, indica maior reprovabilidade, posto que tais entorpecentes têm grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso.

Portanto, cabível o aumento em face da quantidade e variedade da droga tal como lançado na r. sentença, como também em virtude da natureza dos entorpecentes apreendidos.

Desta forma, mantém-se a base acima do mínimo legal, tal como lançado na r. sentença, qual seja, em 07 anos de reclusão e 700 dias-multa. Anoto que, muito embora o Magistrado a quo tenha mencionado o lucro fácil como motivos do crime, não foi o quesito levado em conta para o aumento da base, posto que ao final elevou a base tão somente em face da grande quantidade e variedade dos entorpecentes.

[...]

Do réu FÉLIX - crime de associação para o tráfico.

Na primeira fase, em face da grande quantidade e variedade das drogas apreendidas, a base foi fixada em 05 anos de reclusão e 800



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa.

A Defesa requereu a aplicação do mesmo patamar tanto para o crime de tráfico como para o crime de associação.

Considerando que os fundamentos utilizados para o crime tráfico e para o delito de associação são os mesmos, de rigor a aplicação do mesmo patamar, como requerido pela Defesa.

Assim, considerando que o patamar mínimo legal é de 03 anos de reclusão e de 700 dias-multa e que o patamar aplicado para o crime de tráfico foi de 2/5, tem-se que a base restará fixado em 04 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, e pagamento de 980 dias-multa.

Na r. sentença, a pena de multa aplicada na base restou fixada em 800 dias-multa, que será mantida em detrimento dos 980 dias-multa, por ser mais benéfica ao réu, eis que vedada a reformatio in pejus.

Assim, a base restará fixada em 04 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, e 800 dias-multa.

[...]

Da ré SIMONE - crime de tráfico.

*Na primeira fase, em face da grande quantidade e natureza de droga apreendida, a base foi corretamente fixada acima do mínimo legal, qual seja, em **07 anos de reclusão e 700 dias-multa.***

[...]

Do crime de associação para o tráfico.

*Na primeira fase, em face da grande quantidade e variedade das drogas apreendidas, a base foi fixada em **05 anos de reclusão e 800 dias-multa.***

A Defesa requereu a aplicação do mesmo patamar tanto para o crime de tráfico como para o crime de associação.

Considerando que os fundamentos utilizados para o crime tráfico e para o delito de associação são os mesmos, de rigor a aplicação do mesmo patamar.

Assim, considerando que o patamar mínimo legal é de 03 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa e que o patamar aplicado para o crime de tráfico foi de 2/5, tem-se que a base restará fixado em 04 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, e pagamento de 980 dias-multa.

A pena de multa aplicada na base restou fixada em 800 dias-multa, que será mantida em detrimento dos 980 dias-multa, por ser mais benéfica ao réu, eis que vedada a reformatio in pejus.

Assim, a base restará fixada em 04 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, e 800 dias-multa.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do réu CARLOS - crime de tráfico de drogas.

Na primeira fase, em face da grande quantidade de droga apreendida, a base foi fixada acima do mínimo legal, qual seja, em 07 anos de reclusão e 700 dias-multa.

[...]

Do réu CARLOS - do crime de associação para o tráfico.

*Na primeira fase, em face da grande quantidade e variedade das drogas apreendidas, a base foi fixada em **05 anos de reclusão e 800 dias-multa.***

A Defesa requereu a aplicação do mesmo patamar tanto para o crime de tráfico como para o crime de associação.

Considerando que os fundamentos utilizados para o crime tráfico e para o delito de associação são os mesmos, de rigor a aplicação do mesmo patamar.

Assim, considerando que o patamar mínimo legal é de 03 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa e que o patamar aplicado para o crime de tráfico foi de 2/5, tem-se que a base restará fixado em 04 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, e pagamento de 980 dias-multa.

A pena de multa aplicada na base restou fixada em 800 dias-multa, que será mantida em detrimento dos 980 dias-multa, por ser mais benéfica ao réu, eis que vedada a reformatio in pejus.

Assim, a base restará fixada em 04 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, e 800 dias-multa.

[...]

Do réu WAGNER - crime de tráfico de drogas.

Na primeira fase, em face da grande quantidade e variedade de droga apreendida, a base foi corretamente fixada acima do mínimo legal, qual seja, em 07 anos de reclusão e 700 dias-multa.

[...]

Do réu WAGNER - crime de associação para o tráfico.

Na primeira fase, em face da grande quantidade e variedade das drogas apreendidas, a base foi fixada em 05 anos de reclusão e 800 dias-multa.

A Defesa requereu a aplicação do mesmo patamar tanto para o crime de tráfico como para o crime de associação.

Considerando que os fundamentos utilizados para o crime tráfico e para o delito de associação são os mesmos, de rigor a aplicação do mesmo patamar.

Assim, considerando que o patamar mínimo legal é de 03 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa e que o patamar aplicado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o crime de tráfico foi de 2/5, tem-se que a base restará fixada em 04 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, e pagamento de 980 dias-multa.

A pena de multa aplicada na base restou fixada em 800 dias-multa, que será mantida em detrimento dos 980 dias-multa, por ser mais benéfica ao réu, eis que vedada a reformatio in pejus.

Assim, a base restará fixada em 04 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão, e 800 dias-multa." (fls. 93/102).

De início, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68, do Código Penal) e as circunstâncias delimitadoras do art. 59, do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

Nesse contexto, a **exasperação da pena-base** deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes: AgRg no HC n. 355.362/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1º/8/2016; HC n. 332.155/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016; HC n. 251.417/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe 19/11/2015; HC n. 234.428/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 1º/4/2014, DJe 10/4/2014.

Além disso, a **quantidade** e a **natureza** dos entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes e à associação para o tráfico.

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 papелotes 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 Turma, DJe 07/05/2015).

Na hipótese, as **penas-bases dos pacientes**, tanto para o delito de **tráfico**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de drogas quanto para a **associação para o tráfico**, foram exasperadas, **em 2/5 sobre o mínimo legal**, com base em fundamentação idônea, que torna patente a gravidade concreta dos crimes praticados, a ensejar maior rigor punitivo, qual seja, a **quantidade e a natureza do material entorpecente apreendido** - 1.396 supositórios contendo cocaína (1,105 kg); 608 porções de maconha (823,74 g de maconha); 39 supositórios contendo *crack* (27,54 g); 1.006 pedras de *crack* (98,89 g); e 9 porções a granel de *crack* (489,17 g) (fl. 58) - que, em muito, desborda do ordinário dos tipos.

Este Superior Tribunal de Justiça não tem verificado ilegalidade flagrante em hipóteses semelhantes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 230 KG DE COCAÍNA. DOSIMETRIA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA, NÚMERO ELEVADO DE ENVOLVIDOS, ALTA QUANTIA EM DINHEIRO E ARMAS, ALÉM DO TRÁFICO ENTRE QUATRO ESTADOS.

1. O legislador estabeleceu limites mínimo e máximo para a fixação do cálculo da pena e a jurisprudência desta Corte entende que, exceto em casos de extrema exorbitância e ilegalidade, deverá ser preservada a dosimetria feita pela instância ordinária, dentro do livre convencimento do julgador. No caso, houve concreta fundamentação, de tal forma que se mostra indevida a intervenção desta Corte Superior.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 477.403/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 28/03/2019, DJe 09/04/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. CRITÉRIO IDÔNEO E SUFICIENTE PARA A EXASPERAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ESPECIFICIDADE DA REINCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. ENTENDIMENTO QUE SE COADUNA COM A ORIENTAÇÃO DA TERCEIRA SEÇÃO, FIRMADA NO JULGAMENTO DO HC N. 365.963/SP. FRAÇÃO DE AUMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REDUZIDA PARA 1/6. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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.

3. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes teve por fundamento a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, revelando-se justificado e proporcional o incremento da pena na fração de 1/5.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a pena da paciente. (HC 437.972/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 20/09/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. **TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS (NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS). REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

[...]

III - O art. 42 da Lei 11.343/2006, determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes.

IV - Na espécie, as instâncias ordinárias consideraram que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas com o paciente, revelaram-se aptas a majorar a pena-base, fundamentação que se encontra dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, inexistindo flagrante desproporcionalidade ou ilegalidade a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificar a sua redução.

[...]

Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 392.731/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017)

Apenas em relação à paciente SIMONE, a impetrante aduz ser imperativo o reconhecimento da **atenuante da confissão espontânea**, pois ela admitiu a prática dos delitos. No ponto, destaca que a **confissão parcial** é suficiente para a incidência do benefício, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A matéria ficou posta, no acórdão impugnado, nos seguintes termos:

*"A acusada **SIMONE** disse que já foi processada e condenada por associação para o tráfico. Apresentou versão bastante confusa. Chorou durante o interrogatório. Disse que os Policiais chegaram na companhia dos corréus Félix, Carlos e Wagner. **Disse que estava recebendo para ajudar na embalagem da droga e achava-se na companhia dos menores. Afirmou que o entorpecente que estava no mato não lhe pertencia. Anotou que os Policiais entraram com os corréus. Afirmou que os corréus não estavam envolvidos. Disse que trabalhava como garota de programa e um ex-cliente havia alugado a casa para morar lá. Asseverou que arrumava o seu quarto quando os adolescentes jogaram as drogas dentro de sua casa e disseram que iriam partir as drogas. Afirmou, por fim, que não estava recebendo nada.***

*Assim, os acusados Felix, Carlos e Wagner negaram qualquer envolvimento com as drogas apreendidas. No entanto, apresentaram contradições. Enquanto Carlos afirma que os adolescentes se achavam na casa da ré Simone, os acusados Wagner e Felix disseram ter encontrado alguns dos adolescentes na rua, quando houve a abordagem. **A acusada Simone, bastante confusa, disse que foi abordada na companhia dos adolescentes.***

Dessa forma, as negativas de autoria não convenceram.

[...]

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, a pena foi exasperada em 1/6, resultando assim a reprimenda em 08 anos e 02 meses de reclusão, e 816 dias-multa.

Não há como se cogitar no reconhecimento da atenuante da confissão, como pretendido pela Defesa, eis que a ré admitiu de forma parcial as imputações, não reconhecendo a comparsaria com os demais acusados.

A confissão só pode ser reconhecida como atenuante obrigatória



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando se dá de forma completa a fim de se prestigiar a sinceridade do infrator.

Isso porque aquele que confessa o feito em parte, ocultando dinâmica essencial à configuração do tipo penal, na verdade não confessou, não foi sincero e não demonstrou arrependimento, mas apenas visou justificar seu ato ou fugir às consequências do mesmo, descaracterizando o tipo penal ou reduzindo a gravidade do delito a ele imputado.

Em resumo, não se reconhece a confissão incompleta, pois se trata de confissão de fato diverso da condenação.

[...]

Assim, não se reconhece a atenuante de confissão, até porque a admissão da ré não foi utilizada para embasar o decreto condenatório." (fls. 81 e 97/98).

Do trecho acima colacionado, extrai-se que, conquanto tenha sido confuso e contraditório, o depoimento da paciente SIMONE, por ocasião de seu interrogatório judicial, foi expressamente referido no relatório da prova produzida na instrução criminal, sendo de se destacar a circunstância de haver ela assumido '*que estava recebendo para ajudar na embalagem da droga e achava-se na companhia dos menores*' (fl. 81).

Diante desse registro, é inescapável a conclusão de que a confissão da paciente foi, em alguma medida, considerada para respaldar o juízo condenatório pelo delito de **tráfico de entorpecentes**. Quanto ao crime de **associação para o tráfico**, não houve confissão do elemento subjetivo específico do tipo consistente no ânimo de se associar de modo **estável e permanente**, imprescindível para a sua configuração.

Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, expressa no enunciado n. 545 da Súmula desta Corte, *quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal*. Assim, ainda que retratada judicialmente (no mesmo depoimento) e contraditória, se há confissão da ré, como no caso, quanto ao crime de tráfico de entorpecentes, incabível o afastamento da respectiva atenuante.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES TENTADO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL, COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUA UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO, AINDA QUE PARCIAL. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUESTÃO PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. ERESP 1.154.754/RS. PENA INFERIOR A 04 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

VII. Para o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, basta que tenha ela servido de base para a condenação, seja a confissão total ou parcial ou retratada em Juízo. Precedentes.

[...]

XI. Habeas corpus não conhecido.

XII. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a atenuante da confissão espontânea, compensá-la com a agravante da reincidência - reduzindo as penas, em consequência, a 02 anos de reclusão e 05 dias-multa - e estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (Súmula 269 do STJ). (HC 248.275/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, julgado em 25/9/2012, DJe 30/10/2012).

No ponto, consigne-se que [o] fato de o apenado haver sido detido em flagrante não impede a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal. A respeito já decidiu este Superior Tribunal de Justiça que 'a referida atenuante deve ser aplicada em favor do sentenciado ainda que a confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante' (AgRg no HC n. 201.797/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 2/2/2015) (AgRg no HC n. 363.566/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 1º/2/2017).

Ademais, cumpre destacar que a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a **atenuante da confissão espontânea** deve ser compensada com a **agravante da reincidência**, por serem igualmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderantes, notadamente, nos casos em que o reconhecimento da referida agravante se dá em função de uma única condenação definitiva anterior, como no caso (fls. 26/30).

Confirmam-se os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. SÚMULA N. 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório.

III - A incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, judicial ou extrajudicial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação, como ocorre na espécie (Súmula n. 545/STJ).

IV - Por outro lado, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual 'é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência'.

V - In casu, verifica-se que as instâncias ordinárias valeram-se da confissão extrajudicial do paciente para fundamentar o édito condenatório, tendo ela sido utilizada em conjunto com os depoimentos das testemunhas para firmar a autoria delitiva, o que obriga o seu reconhecimento.

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida, de ofício, para reconhecer a circunstância atenuante da confissão e compensá-la com a reincidência, reduzindo a sanção imposta para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 398.507/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 25/09/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP 1.154.752/RS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- No julgamento EREsp n. 1.154.752/RS, a Terceira Seção desta Corte Superior uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas devem ser igualmente valoradas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para que seja compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 7 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão (HC 275.896/SP, Relatora Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 14/3/2014).

HABEAS CORPUS. ART. 155, CAPUT, E ART. 155, § 4.º, I, C.C. ART. 69, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. (3) COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. In casu, há manifesta ilegalidade no tocante à incidência da qualificadora de rompimento de obstáculos, dada a ausência de laudo pericial, não se justificando que seja suprido pela prova testemunhal sem motivação idônea. (Precedentes).

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a qualificadora e compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a reprimenda do paciente para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 23 (vinte e três) dias-multa, no tocante a Ação Penal n.º 30/2011, Código 26473, da 1.ª Vara da Comarca de Canarana/MT, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC n. 234.153/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 24/3/2014).

Assim, com o reconhecimento da **atenuante da confissão espontânea**, relativamente ao delito de **tráfico de entorpecentes** praticado pela paciente SIMONE, e não havendo razão concreta para que o aumento pela **agravante da reincidência** incida em fração superior à prudencialmente fixada, impõe-se seja a ordem concedida para proceder à **compensação integral** das referidas circunstâncias.

A defesa aponta, ainda, que os pacientes FÉLIX e WAGNER fazem jus ao **redutor do tráfico**, previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, pois são **primários** e possuem **bons antecedentes**, sendo que a quantidade de drogas não constitui óbice ao benefício.

Contudo, mantida a condenação de ambos pelo crime de **associação para o tráfico**, fica afastada a possibilidade de aplicação do benefício.

De fato, não é possível a incidência da **causa especial de diminuição de pena** retromencionada, pois a referida benesse não é aplicável ao réu também condenado pelo crime de **associação para o tráfico de drogas**, tipificado no artigo 35, da Lei n. 11.343/2006, como corretamente consignou o acórdão impugnado (fl. 93).

No mesmo sentido, os julgados abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA DE PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CAUSA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. HIPÓTESE DE NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

3. *'A condenação pelo crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n.º 11.343/2006) denota a dedicação do agente às atividades criminosas e, por conseguinte, por si só, impede a incidência da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006'* (HC 480.782/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019).

[...]

6. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no HC 486.185/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AUDIÊNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO POR ESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. **APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO. INVIABILIDADE. MANTIDA A CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 35 DA LAD. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

III - O eg. Tribunal de origem concluiu pela suficiência da prova da materialidade e autoria do crime de associação para o tráfico.

Modificar esta conclusão para absolver a paciente demandaria, impreterivelmente, o amplo revolvimento do acervo fático probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus.

IV - *Mantida a condenação pelo delito de associação para o tráfico, fica obstada a aplicação da causa de redução de pena estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.*

Habeas Corpus não conhecido. (HC 445.838/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 07/06/2018, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

20/06/2018)

Dessarte, deve a ordem ser concedida, de ofício, apenas para reconhecer a **atenuante da confissão espontânea**, relativamente ao delito de **tráfico de entorpecentes** praticado pela paciente SIMONE, e, não havendo razão concreta para que o aumento pela **agravante da reincidência** incida em fração superior à prudencialmente fixada, proceder à **compensação integral** das referidas circunstâncias.

A nova reprimenda da paciente SIMONE, pelo crime de tráfico, mantidos os demais termos da dosimetria feita na origem, resulta no novo patamar de **8 anos e 2 meses de reclusão e 816 dias-multa**. Reconhecido o concurso material de crimes, as penas do tráfico e da **associação para o tráfico** devem ser somadas, obtendo-se **13 anos, 10 meses e 18 dias de reclusão e 1.904 dias-multa**.

Em face das penas aplicadas aos pacientes, deve ser mantido o **regime prisional inicial fechado** imposto, único aplicável às sanções de mais de **8 anos de reclusão**, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal.

Outrossim, não é possível a substituição da prisão por restritivas de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo, previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

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

Todavia, **concedo a ordem, de ofício**, para reduzir a pena da paciente SIMONE DE SOUSA DO CARMO ao novo patamar de **13 anos, 10 meses e 18 dias de reclusão e 1904 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0309514-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 479.977 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021203020168260495 20180000673901 21203020168260495

EM MESA

JULGADO: 14/05/2019

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. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FELIX BRAUN DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE	:	SIMONE SOUSA DO CARMO (PRESO)
PACIENTE	:	CARLOS FERREIRA DA ROCHA (PRESO)
PACIENTE	:	WAGNER GONCALVES DE ALMEIDA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, para reduzir a pena da paciente SIMONE DE SOUSA DO CARMO, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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