



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.454 - SP (2017/0038870-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : SANDRO SANTOS
ADVOGADO : SANDRO SANTOS - SP283603
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMUEL SILVA GONÇALVES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ART. 35 DA MESMA LEI. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO *ANIMUS* ASSOCIATIVO ENTRE OS AGENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DE REQUISITO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. O acolhimento do pedido de absolvição pelo delito de tráfico de drogas demanda, *in casu*, a imersão no conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*, pois há elementos suficientes para amparar o édito condenatório. Precedentes.
3. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o *animus* associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.
4. Não tendo sido apresentado dados concretos que demonstrem efetivamente o vínculo associativo estável e permanente entre os agentes, pois o Tribunal de origem, ao prover o apelo ministerial, justificou a condenação apenas no fato de o paciente ter sido o responsável pelo transporte da droga adquirida pelo coacusado em Jundiaí/SP, o que evidencia tão-somente prévio ajuste na prática delitiva, caracterizador do concurso eventual, a absolvição pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 é medida que se impõe.
5. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
6. Hipótese em que é manifesto o constrangimento ilegal suportado pelo paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois o Tribunal de origem não apresentou fundamentação concreta para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado. À míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada em 2/3. Precedentes.

7. O regime inicial semiaberto é o cabível para o cumprimento da pena de 1 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, diante da aferição desfavorável das circunstâncias judiciais (a quantidade da droga apreendida), nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

8. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para absolver o paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas e para fazer incidir a causa de diminuição no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, resultando a pena final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais o pagamento de 186 dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto, bem como para estender os efeitos dessa decisão ao corréu Ariovaldo Henrique dos Santos, nos termos do art. 580 do CPP.

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, com extensão ao corréu Ariovaldo Henrique dos Santos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.454 - SP (2017/0038870-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : SANDRO SANTOS
ADVOGADO : SANDRO SANTOS - SP283603
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMUEL SILVA GONÇALVES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **SAMUEL SILVA GONÇALVES**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente, em primeira instância, foi absolvido da imputação de supostamente ter cometido os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial para condená-lo à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.434/2006.

Neste *writ*, o impetrante alega que não há prova de o paciente ter ciência da droga em seu veículo. Afirmar que, na verdade, ele foi o responsável, apenas, por dar carona ao corréu, o real proprietário da droga, razão pela qual não pode ser condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes por ausência de dolo. Alternativamente, sustenta ser cabível a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Requer, assim, o restabelecimento da sentença absolutória ou, subsidiariamente, o reconhecimento do tráfico privilegiado.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 33)

Informações prestadas (e-STJ, fls. 42-43 e 57-58).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 62-64).

É relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.454 - SP (2017/0038870-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : SANDRO SANTOS
ADVOGADO : SANDRO SANTOS - SP283603
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMUEL SILVA GONÇALVES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ART. 35 DA MESMA LEI. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO *ANIMUS* ASSOCIATIVO ENTRE OS AGENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DE REQUISITO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. O acolhimento do pedido de absolvição pelo delito de tráfico de drogas demanda, *in casu*, a imersão no conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*, pois há elementos suficientes para amparar o édito condenatório. Precedentes.
3. Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o *animus* associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006.
4. Não tendo sido apresentado dados concretos que demonstrem efetivamente o vínculo associativo estável e permanente entre os agentes, pois o Tribunal de origem, ao prover o apelo ministerial, justificou a condenação apenas no fato de o paciente ter sido o responsável pelo transporte da droga adquirida pelo coacusado em Jundiaí/SP, o que evidencia tão-somente prévio ajuste na prática delitiva, caracterizador do concurso eventual, a absolvição pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 é medida que se impõe.
5. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
6. Hipótese em que é manifesto o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, pois o Tribunal de origem não apresentou fundamentação concreta para afastar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento do tráfico privilegiado. À míngua de elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada em 2/3. Precedentes.

7. O regime inicial semiaberto é o cabível para o cumprimento da pena de 1 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, diante da aferição desfavorável das circunstâncias judiciais (a quantidade da droga apreendida), nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

8. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para absolver o paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas e para fazer incidir a causa de diminuição no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, resultando a pena final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais o pagamento de 186 dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto, bem como para estender os efeitos dessa decisão ao corréu Ariovaldo Henrique dos Santos, nos termos do art. 580 do CPP.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, quanto ao pleito de absolvição pelo delito de tráfico de drogas, pela falta de comprovação do dolo do agente, convém anotar que esta Corte já se manifestou, por diversas vezes, que tal pedido enseja o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que está vedado na via do *habeas corpus*, sobretudo porque, *in casu*, há elementos seguros, produzidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que demonstram a posse dos entorpecentes pelo paciente e corréu.

Vejamos.

O Tribunal de origem, ao acolher o recurso ministerial, para condená-lo pelos delitos do art. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006 assim formou seu convencimento:

Consta da denúncia que, no dia 26 de junho de 2014, por volta de 22 horas, na altura do Km 19 da Rodovia Luciano Consoline, sentido Leste, no bairro Jardim Ester, cidade e Comarca de Itatiba, Ariovaldo Henrique dos Santos e Samuel Silva Gonçalves, agindo em comunhão de propósitos e unidade de desígnios, **transportavam, para fins de tráfico, 04 barras de maconha, pesando, no total, 1.473,5g (um mil, quatrocentos e setenta e três gramas e cinco decigramas); e uma porção de cocaína, com peso de 8,5g (oito gramas e cinco decigramas)**, substâncias entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica, sem autorização e em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar acima descritas, os réus associaram-se para o fim de praticar reiteradamente o crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Procede o inconformismo ministerial.

Restaram bem provadas autoria e materialidade delitivas (fls. 02/53, 68/73, 124/127, 132).

Perante a autoridade policial (fls. 09), o acusado ARIovaldo disse que fez uma "vaquinha" com amigos para comprar maconha. No dia dos fatos, pediu a Samuel que o levasse até Jundiaí, mas não informou o motivo. Quando chegaram a "biqueira", o depoente comprou dois mil reais em maconha, enquanto Samuel o aguardou no carro por cerca de trinta minutos. Ao retornarem para Bragança Paulista, foram abordados por policiais, que localizaram os entorpecentes.

Disse que Samuel ficou surpreso pela droga encontrada no veículo. Em Juízo (fls. 132), disse que falou para Samuel que iria a Itatiba buscar um dinheiro referente à venda de uma moto. Disse ainda, ter comprado a maconha em Itatiba e que Samuel ignorava o fato.

Por sua vez, SAMUEL, na primeira fase da persecução penal (fls. 17), contou que Ariovaldo lhe procurou, pedindo que o levasse até a cidade de Jundiaí, não dizendo o motivo. Ao chegarem no local indicado por Ariovaldo, este desceu do veículo, enquanto o depoente aguardou por cerca de trinta minutos. Voltavam para Bragança Paulista, quando foram abordados por policiais. Disse que não possuía entorpecente consigo e surpreendeu-se quando os milicianos localizaram a maconha em seu veículo. Em Juízo (fls. 132), disse que Ariovaldo o chamou para ir perto de Itatiba para buscar um dinheiro referente a uma moto, ratificando, no mais, o depoimento anterior.

Contudo, a versão acusatória restou corroborada pelos seguros depoimentos dos policiais militares JESSÉ PEREIRA DE AZEVEDO e ANDRÉ AUGUSTO ALMEIDA DA SILVA, **os quais relataram que efetuavam patrulhamento na rodovia e determinaram a parada do veículo conduzido pelo réu Samuel, tendo no banco do passageiro, Ariovaldo. Em revista pessoal, localizaram, no bolso da calça de Samuel, uma porção de cocaína, tendo este réu afirmado que se destinava a seu próprio consumo. Ariovaldo possuía uma trouxinha de maconha em seu bolso, que também afirmou que se destinava a seu uso próprio.**

Interrogados, ambos confirmaram que havia mais droga embaixo do banco do motorista, tendo sido encontrada pelos depoentes uma sacola, contendo quatro porções de maconha.

Samuel disse aos depoentes que a droga pertencia a Ariovaldo e que levou este réu até Jundiaí para buscar o entorpecente. Ariovaldo assumiu a propriedade das drogas e disse que as revenderia (fls. 04/05, 07/08 e 132).

Mister salientar, a esta altura, que o policial não está legalmente impedido de depor e o valor de seu depoimento não pode ser sumariamente desprezado. Nesse sentido: RJTACRIM 39/253, 47/133, 51/182 e STF (HC 73.518/SP Rel. Min. CELSO DE MELLO DJU 18.10.1996 p. 39.846).

Inclusive tal questão já se encontra pacificada pela doutrina e jurisprudência, prevalecendo o entendimento de que os testemunhos prestados por policiais merecem a mesma credibilidade que aqueles dados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por pessoas comuns, sendo imprescindível que se apresente uma razão clara e concreta, para tornar referidas declarações eivadas de suspeição, o que não ocorreu no caso vertente.

As testemunhas arroladas pela defesa não presenciaram os fatos (fls. 132).

Destarte, ao contrário do afirmado pelo MM. Juiz sentenciante restou demonstrado, pelos depoimentos dos policiais militares, que o corréu Samuel tinha ciência da droga adquirida por Ariovaldo. Outrossim, pela quantidade de maconha localizada, era impossível que Samuel ignorasse sua existência já que exalava o odor característico da droga, somando-se a isso o fato de que se encontrava embaixo do seu assento no automóvel.

Por outro lado, a associação entre os réus também restou configurada diante da divisão de tarefas entre os agentes, uma vez que Samuel era o responsável pelo transporte da droga, enquanto Ariovaldo comprava e, posteriormente, revendia o entorpecente.

Assim sendo, não se trata apenas de um concurso de pessoas, de forma ocasional e sim, uma associação estável e permanente entre os réus, para o fim de praticarem a traficância.

Por outro lado, não trouxeram os acusados qualquer prova que pudesse ilidir suas responsabilidades, não obstante o esforço despendido e os argumentos oferecidos pelas defensorias.

O quadro probatório, portanto, contém elementos de convicção, de molde a não deixar dúvidas sobre a prática, pelos acusados, dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para a nefasta mercancia revelando-se desarrazoado cogitar da incidência, na espécie, de qualquer das hipóteses de absolvição previstas no caput do artigo 386 do Código de Processo Penal. (e-STJ, fls. 18-24 - grifo nosso).

Por outro lado, embora não tenha sido objeto deste *mandamus* a condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas, de uma leitura atenta da decisão recorrida, observa-se manifesta ilegalidade imposta ao paciente diante da falta da devida comprovação do *animus* associativo entre os agentes.

Como é cediço, para a caracterização do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é imprescindível a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, *caput* e § 1º, e/ou do art. 34, da Lei de Drogas (HC 354.109/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/9/2016, DJe 22/9/2016; HC 391.325/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 25/5/2017).

Na hipótese, à mingua de um exame aprofundado do conteúdo probatório, verifica-se que a Corte de origem não apresentou elemento concreto algum que demonstre efetivamente o vínculo estável e permanente, para a reiterada prática do comércio ilícito de entorpecentes, entre o paciente e o corréu. A condenação pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 está amparada, somente, na divisão de tarefas entre os agentes, sob o entendimento de que o paciente seria o responsável pela condução do veículo onde estava a droga trazida de Jundiaí/SP e o coausado pela sua compra e distribuição. Contudo, tais dados não são suficientes para se inferir a estabilidade e a permanência dos réus no comércio ilícito de entorpecentes, mas tão-somente o prévio ajuste na prática delitiva, o que caracteriza mero concurso eventual.

Diante de tal contexto, a absolvição do paciente pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 é medida que se impõe, devendo ser estendida, inclusive, ao corréu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ariovaldo Henrique dos Santos, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Quanto à incidência da causa especial de diminuição da pena, também assiste razão ao impetrante.

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

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015).

In casu, a benesse legal foi negada ao paciente e correu com fundamento em considerações abstratas e genéricas de que eles integrariam organização criminosa e se dedicariam a atividades criminosas, sem a indicação de elementos concretos para tal conclusão. Ademais, o prévio conluio dos agentes para a prática delitiva não induz, por si só, a habitualidade no comércio ilícito de entorpecentes.

Desse modo, a minguagem de elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente e correu à atividade criminosa, e considerando ter sido certificada a primariedade e os bons antecedentes deles pelas instâncias antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

A seguir os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE ILÍCITA NÃO EVIDENCIADA. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 APLICADA, PARA EVITAR O VEDADO *NE BIS IN IDEM*. PENA REDUZIDA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que não reconheceu a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que o paciente dedica-se a atividades criminosas, quando as circunstâncias do delito não apontam referida dedicação.

- Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração máxima de 2/3, pois configura indevido bis in idem a utilização da quantidade/nocividade da droga para fundamentar o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal e, também, para definir o quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na espécie, consigne-se que, embora o paciente seja primário e o novo montante da pena (1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão) comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a quantidade e a nocividade da droga apreendida, elementos que, inclusive, justificaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.

- No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- Ainda que o *quantum* de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 195 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 366.916/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016.)

Passo, assim, ao redimensionamento da pena **do paciente e corrêu**.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão mais 583 dias-multa, pela análise desfavorável da quantidade de droga para ambos os réus. Na segunda etapa, ante a falta de atenuantes e agravantes, as reprimendas básicas ficam mantidas. Na última



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fase, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-as em 2/3, tornando-as definitiva em **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 186 dias-multa**.

O regime prisional deve ser alterado para o semiaberto, tendo em vista o *quantum* da sanção corporal e a valoração desfavorável de uma das circunstâncias judiciais, que justificou o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL ABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Embora a acusada haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a desfavorabilidade de três circunstâncias judiciais, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas (uma porção de maconha, pesando 26,31 gramas, e uma porção de *crack*, com peso de 24,80 gramas) efetivamente justificam a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 785.585/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA N. 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- A presença de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição do regime prisional semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos."

(AgRg no AREsp 755.696/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/12/2015.)

Consigne-se, por fim, que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

[...] - Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- De outro lado, nos termos do fixado pela jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso, o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 47,9g de cocaína, quantidade e nocividade que não recomendam a substituição da pena corporal, consoante o disposto no art. 44, III, do CP.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 322.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/2/2016, DJe 23/2/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Conduto, **concedo** ordem, de ofício, para absolver o paciente pelo delito de associação para o tráfico de drogas e para fazer incidir a causa de diminuição no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, resultando a pena final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais o pagamento de 186 dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto, bem como para estender os efeitos da decisão ao corréu Ariovaldo Henrique dos Santos, nos termos do art. 583 do CPP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0038870-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 389.454 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00035236520148260281 20170000080874 35236520148260281 8052014

EM MESA

JULGADO: 17/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SANDRO SANTOS
ADVOGADO : SANDRO SANTOS - SP283603
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMUEL SILVA GONÇALVES
CORRÉU : ARIIVALDO HENRIQUE DOS SANTOS

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, com extensão ao corréu Ariovaldo Henrique dos Santos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.