



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 874943 - RJ (2023/0442249-7)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALBERTO DOS SANTOS OLIVEIRA PORTO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. PRESENTE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. ORDEM DENEGADA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão que manteve a condenação do paciente por associação para o tráfico de drogas, com emprego de arma de fogo, fixando a pena em 3 anos e 6 meses de reclusão, além de 816 dias-multa, em regime semiaberto.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste na alegação de insuficiência probatória para a condenação, questionando a veracidade dos depoimentos policiais e a ausência de comprovação de estabilidade e permanência na associação criminosa.

3. Subsidiariamente, discute-se o redimensionamento da pena-base, alegando *bis in idem* na valoração da apreensão da arma de fogo.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. O Tribunal de origem considerou suficientes os elementos probatórios, incluindo depoimentos policiais e apreensões, para comprovar a associação criminosa. Foram destacados elementos probatórios que comprovam os vetores permanência e estabilidade, destacando-se que o paciente e o corréu eram responsáveis pela distribuição de utensílios de comunicação aos demais integrantes da associação, notadamente caberia o controle de tais materiais e do destino a eles dados, de modo a espancar o mero concurso eventual de pessoas na prática da conduta que ainda restou circunstanciada pelo emprego de arma

de fogo de calibre 9mm, marca BERSA S.A, modelo TPR9, com numeração raspada, com capacidade para produção de disparos e um carregador de mesma marca com capacidade para 17 (dezesete) cartuchos de mesmo calibre, sendo que, no momento da prisão, foram apreendidos 15 (quinze) cartuchos marca CBC, de calibre 9mm, sendo 8 (oito) com características de recarga e sete originais, com virtuais condições de uso

5. A pena-base foi aumentada em razão da maior culpabilidade do réu, responsável pela logística da associação, sem configurar *bis in idem*.

6. A causa de aumento de pena pelo uso de arma de fogo foi corretamente aplicada na terceira fase da dosimetria.

IV. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 29 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 874943 - RJ (2023/0442249-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALBERTO DOS SANTOS OLIVEIRA PORTO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. PRESENTE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. ORDEM DENEGADA.

I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão que manteve a condenação do paciente por associação para o tráfico de drogas, com emprego de arma de fogo, fixando a pena em 3 anos e 6 meses de reclusão, além de 816 dias-multa, em regime semiaberto.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste na alegação de insuficiência probatória para a condenação, questionando a veracidade dos depoimentos policiais e a ausência de comprovação de estabilidade e permanência na associação criminosa.

3. Subsidiariamente, discute-se o redimensionamento da pena-base, alegando *bis in idem* na valoração da apreensão da arma de fogo.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. O Tribunal de origem considerou suficientes os elementos probatórios, incluindo depoimentos policiais e apreensões, para comprovar a associação criminosa. Foram destacados elementos probatórios que comprovam os vetores permanência e estabilidade, destacando-se que o paciente e o corréu eram responsáveis pela distribuição de utensílios de comunicação aos demais integrantes da associação, notadamente caberia o controle de tais materiais e do destino a eles dados, de modo a espancar o mero concurso eventual de pessoas na prática da conduta que ainda restou circunstanciada pelo emprego de arma

de fogo de calibre 9mm, marca BERSA S.A, modelo TPR9, com numeração raspada, com capacidade para produção de disparos e um carregador de mesma marca com capacidade para 17 (dezesete) cartuchos de mesmo calibre, sendo que, no momento da prisão, foram apreendidos 15 (quinze) cartuchos marca CBC, de calibre 9mm, sendo 8 (oito) com características de recarga e sete originais, com virtuais condições de uso

5. A pena-base foi aumentada em razão da maior culpabilidade do réu, responsável pela logística da associação, sem configurar *bis in idem*.

6. A causa de aumento de pena pelo uso de arma de fogo foi corretamente aplicada na terceira fase da dosimetria.

IV. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra o acórdão assim ementado (e-STJ fls. 49-50):

EMENTA. APELAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO DE DROGAS CIRCUNSTANCIADA PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO.

1. *Denúncia que imputa ao réu a conduta, praticada na data de 18/05/2023, por volta das 15h, na Rua “B”, do bairro Granjas Cabuçu, Itaboraí, mais precisamente na região de mata, consistente em, de forma consciente e voluntária, se associar a outros indivíduos ainda não identificados, para o fim de praticar delitos relacionados ao tráfico de drogas, eis que colaborava como informante, passando informações a traficantes através de rádios comunicadores, para tanto também empregando uma arma de fogo Bersa, calibre 9mm, com registro suprimido e quinze munições intactas, estando o réu, na ocasião, também de posse de seis rádios comunicadores, duas bases para carregamento e uma bolsa camuflada.*

2. *Sentença que condena o réu nas iras do artigo 35 c/c art. 40, inciso IV, ambos da Lei nº 11.343/2006, e fixa em seu desfavor as penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, à razão mínima de lei, em regime inicial semiaberto.*

3. *Recurso exclusivamente defensivo que persegue a absolvição com fundamento em precariedade de provas, salientando se tratar de crime de concurso necessário e que o réu foi preso sozinho, descredenciando a narrativa dos policiais. No mais, persegue o redimensionamento das penas, porque entende indevidamente recrudescida a pena-base, e por considerar presente *bis in idem* na valoração da apreensão da arma de fogo.*

4. *Caderno probatório que conta, não apenas com os depoimentos prestados pelos policiais militares, consonantes com respectivas declarações prestadas em senda distrital, mas também com auto de apreensão e respectivos laudos que atestam a funcionalidade dos aparelhos apreendidos com a descrição de seis rádios comunicadores apreendidos com o réu e a capacidade de produção de disparos da arma de fogo apreendida e das quinze munições, sendo sete originais e oito delas com características de recarga, virtualmente potenciais.*

5. *Narrativa dos agentes da lei que dá conta de que o réu seria o*

responsável por conferir logística à distribuição dos rádios comunicadores entre os traficantes da localidade Granjas Cabuçu, inexistindo óbice legal para que tais depoimentos sejam considerados verossímeis.

6. Absolvição que não se alcança.

7. Penas que restaram devidamente recrudescidas, quer seja pelo reconhecimento da maior culpabilidade do réu, responsável pela logística na distribuição de utensílios utilizados pelos demais asseclas da associação criminosa, facilitadores de melhor comunicação entre eles, bem como diante da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso IV da Lei penal nº 11.343/2006, restando o recrudescimento operado de modo razoável, à razão de 1/6 (um sexto) acima da pena mínima legal, na terceira etapa.

8. Regime semiaberto que se revela adequado na forma do artigo 59, III c/c artigo 33, §3º do CP.

9. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

O paciente foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 35, c/c artigo 40, inciso IV da Lei nº 11.343/2006, fixando em seu desfavor as penas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo de lei, em regime semiaberto.

A impetrante argumenta, em síntese, a absolvição com base na insuficiência probatória, porque a prova se resume à palavra dos policiais que reputa inverossímil; e, porque não foram comprovadas a estabilidade e permanência para fins associativos, eis que o réu foi preso sozinho e se trata de crime de concurso necessário. Por fim, porque inválida a confissão conferida aos policiais.

Subsidiariamente, requer o redimensionamento da pena-base que reputa indevidamente recrudescida a partir de fundamentação inidônea fulcrada em circunstâncias genéricas e porque há *bis in idem* na valoração da apreensão da arma de fogo. Logo, requer a redução da pena, com a mitigação do regime ao aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

*"O **habeas corpus** não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*

(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

*"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de **habeas corpus** como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

*"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)*

(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade, situação que não se verifica de plano na hipótese dos autos, na medida em que o acórdão assim

se manifestou acerca da absolvição (e-STJ fls. 51-54):

[...]

No que tangencia ao pedido absolutório atravessado em senda recursal, não reputo que seja precário o caderno probatório para fins condenatórios.

Esta Relatoria não descarta quanto ao fato de o crime tipificado no artigo 35 da lei nº 11.343/2006 ser crime de concurso necessário, mas também não relega ao esquecimento de que não fenece a configuração do crime o fato de o réu ter sido o único elemento preso em flagrante.

O que importa é a comprovação de que a conduta do réu estava animada de modo duradouro, permanente ou estável para coatuar com os demais asseclas para fins de realização do tráfico ilícito de entorpecentes, ainda que, ao menos por ora, as demais coautorias não tenham sido plenamente identificadas pelas autoridades policiais e demais órgãos de persecução penal.

A imputação dá conta de que no dia 18 de maio de 2023, por volta das 15h00min, na Rua "B", no bairro Granjas Cabuçu, nesta Comarca, mais precisamente na região de mata, O DENUNCIADO, consciente e voluntariamente, associou-se a outros indivíduos ainda não identificados, para o fim de praticar delitos relacionados ao tráfico de drogas, eis que colaborava como informante, passando informações a traficantes através de radiocomunicadores, apreendidos conforme auto de apreensão de index nº 59117625.

E prossegue narrando que o crime de associação foi praticado com emprego de arma de fogo, eis que com o DENUNCIADO foi encontrada uma pistola BERSA, calibre 9mm, com carregador, registro suprimido e quinze munições intactas, conforme auto de apreensão de index nº 59117625.

Por ocasião da prisão em flagrante do réu, segundo APF nº 071-02918/2023, foram apreendidos: a) 01 (uma) arma de fogo Bersa calibre 9mm; b) 01 (um) carregador 9mm; c) 15 (quinze) munições calibre 9mm; d) 01 (uma) sacola camuflada; e) 02 (duas) bases para carregar rádio; f) 06 (seis) rádios transmissores (id. 59117625 dos autos do processo originário.

Em que pese se tratar de crime formal, notadamente confere substrato material ao desempenho da conduta criminosa imputada a apreensão dos rádios comunicadores que, submetidos à perícia, foram descritos como 06 (seis) rádios transmissores da marca Baofeng, modelo BF-777S, cor preta, frequência 400-470Mhz, sendo dois completos, um com antena adaptada, dois sem antenas e um sem antena e bateria; bem como duas bases para carregar os referidos rádios, entrada AC110V- 240V /50Hz e saída DC5V/500Ma e uma sacola de 55cm x 25cm com estampa camuflada (id. 71339855).

Não reputo serem inverossímeis as narrativas prestadas pelos agentes da lei sob o crivo do contraditório e que se alinham às declarações prestadas por ocasião da prisão em flagrante, conforme id. 59117620 e 59117622.

Em juízo, os policiais militares, que não restam impedidos de depor, na exata compreensão do artigo 202 c/c art. 207 e 208 do CPP, esclareceram que, após recebimento de denúncias sobre elementos que estariam realizando tráfico na localidade conhecida como Granja Cabuçu, em Itaboraí, para lá se dirigiram e visualizaram elementos saindo de uma área de mata, pontuando que se depararam com o réu, que não esboçou qualquer reação,

portando uma pistola e seis rádios carregadores, enquanto outros elementos teriam fugido. Vejamos (registro audiovisual, PJE, id. 71544892):

LEANDRO NASCIMENTO COSTA (Policia militar) – Que participou da prisão do réu. Que chegaram informações na sala de operações sobre vários elementos armados na Granja Cabucu e entraram pela área de mata e encontraram, bateram de frente com o elemento saindo para levar o material para outros traficantes. Que foi o que ele informou. Que ele iria levar pistola e rádios transmissores. Que ele falou que distribuía, por ser cria do local e conhecer bem o local, era responsável por distribuir as armas e radinhos e fazer distribuição para o pessoal desenvolver o tráfico de drogas no local. Que não houve perseguição. Que deram de frente com o acusado. Que o réu ficou parado e jogou o material no chão. Que em nenhum momento tentou reagir ou empreender fuga. Que ele estava sozinho.

PEDRO HENRIQUE COELHO DUTRA – Que participou da prisão. Que há algum tempo receberam denúncias de que marginais estavam formando boca de fumo na região. Que em patrulhamento, entraram na área de mata, que no final da rua B dava uma mata que beira rio. Que bateram de frente com alguns elementos e um se evadiu. Que o réu estava com pistola 9mm na mão. Que não esboçou reação. Que o renderam. Que disseram que ele tinha direito de ficar calado, mas, mesmo assim, ele disse ser cria da localidade e estava gerenciando. Que ele estava com seis rádios transmissores e uma pistola e nas palavras dele ele estaria indo abrir uma boca de fumo. Que na área de mata, percebeu que um elemento se evadiu e ele não conseguiu correr. Que apenas o réu foi abordado. Que existiam denúncias até por populares. Que não lembra de nome.

O réu exerceu o direito ao silêncio.

Note-se que o acusado foi preso em flagrante portando uma pistola 9mm, o que já configuraria um crime autônomo, mas estava também na ocasião do flagrante portando seis rádios comunicadores em área salientada pelos agentes da lei como sendo sujeita ao tráfico de drogas, de modo que sua conduta indica que estava de fato, fomentando a instalação, junto com outros elementos ainda não identificados, de atividades para desempenho do tráfico de drogas a ele competindo distribuir rádios transmissores aos demais membros da sùcia para permitir melhor comunicação entre os asseclas e observação de possíveis atividades hostis.

Não justifica que, em área sujeita ao tráfico, estivesse o réu portando não apenas referida quantidade de rádios transmissores e base, saindo de uma mata, o que já denota clandestinidade e portando uma pistola 9mm se não fosse para ali estar de modo a atuar em conjunto com demais elementos (ainda não identificados) para praticar o crime tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, sob o manto da estabilidade e permanência.

Nada há nos autos que desacredite a versão apresentada pelos policiais militares, na forma do verbete sumular 70 deste Sodalício fluminense, e ainda que os atos dos agentes da lei sejam revestidos de presunção de legitimidade, ainda que iuris tantum, compete, a quem alega descrédito, a prova de que não são dignos de confiabilidade, porque se revelaram uníssimos nas etapas pré-processual e processual e despidos de suspeição.

Reputo presentes os vetores permanência e estabilidade à medida que, sendo responsável pela distribuição de utensílios de comunicação aos demais asseclas da associação, notadamente

caberia o controle de tais materiais e do destino a eles dados, de modo a espancar o mero concurso eventual de pessoas na prática da conduta que ainda restou circunstanciada pelo emprego de arma de fogo de calibre 9mm, marca BERSA S.A, modelo TPR9, com numeração raspada, com capacidade para produção de disparos e um carregador de mesma marca com capacidade para 17 (dezessete) cartuchos de mesmo calibre (indexador 72096871), sendo que, no momento da prisão, foram apreendidos 15 (quinze) cartuchos marca CBC, de calibre 9mm, sendo oito com características de recarga e sete originais, com virtuais condições de uso, conforme laudo constante do índice 71339857.

Assim, entendo ser improsperável a pretensão recursal absolutória atravessada pela Defesa.

A análise realizada pelo Tribunal de origem está em linha com a jurisprudência desta Corte acerca da temática, haja vista que foram destacados elementos probatórios que comprovam os vetores permanência e estabilidade, destacando-se que o paciente e o corréu eram responsáveis pela distribuição de utensílios de comunicação aos demais integrantes da associação, notadamente caberia o controle de tais materiais e do destino a eles dados, de modo a espancar o mero concurso eventual de pessoas na prática da conduta que ainda restou circunstanciada pelo emprego de arma de fogo de calibre 9mm, marca BERSA S.A, modelo TPR9, com numeração raspada, com capacidade para produção de disparos e um carregador de mesma marca com capacidade para 17 (dezessete) cartuchos de mesmo calibre, sendo que, no momento da prisão, foram apreendidos 15 (quinze) cartuchos marca CBC, de calibre 9mm, sendo 8 (oito) com características de recarga e sete originais, com virtuais condições de uso.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA COMPROVADA ENTRE OS AGENTES. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. REGIME SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA NESTA PARTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Se a instância antecedente, em decisão motivada, conclui que a adesão de vontade dos agentes não se tratou de um fato isolado, mas sim de um prévio e estável acordo para o reiterado comércio ilícito de drogas, a alteração desse entendimento - a fim de acolher o pedido absolutório - é inadmissível na via eleita, uma vez que exige o reexame do conteúdo fático probatório.

2. A condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, conforme reiterada jurisprudência desta Corte.

3. A análise favorável das circunstâncias judiciais e a primariedade do

réu lhe garantem o modo semiaberto para o cumprimento da pena de reclusiva de 8 anos, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 901.817/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/9/2024, DJe de 6/9/2024.) [g.n.]

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NO RITO ELEITO. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/06. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. TRÁFICO PRIVILEGIADO INCOMPATÍVEL COM ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TESE DE PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. MATÉRIA NÃO ANALISADA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE NO AUMENTO DA PENA EM 2/3. FRAÇÃO DE AUMENTO EM 1/2 QUE SE MOSTRA MAIS ADEQUADA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem, com base nos elementos fáticos apurados nos autos, concluiu que estava configurado o delito de associação para o tráfico de drogas, com estabilidade e permanência entre o paciente e os corréus, e a modificação desse entendimento demanda o exame aprofundado de provas, o que é vedado na estreita via do habeas corpus.

2. Diante da manutenção da condenação pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, não há possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. Isso porque a condenação pela prática do crime de associação para o tráfico obsta o reconhecimento da minorante, ante a dedicação à atividade criminosa inerente ao delito.

3. A tese de preponderância da atenuante da menoridade relativa não foi apreciada pelo Tribunal de origem no acórdão impugnado, restando afastada a competência desta Corte Superior para conhecimento da matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

4. As instâncias ordinárias apresentaram elementos concretos para justificar a exasperação da pena-base, tendo em vista a desvalorização da quantidade/natureza das drogas apreendidas - quase 14kg de maconha -, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59, do CP. Além disso, restou consignado que o paciente exercia o tráfico de forma profissional, como meio de vida, e que o tráfico era exercido em âmbito regional.

Embora haja fundamentação concreta para a exasperação da pena-base, o aumento na fração de 2/3 se mostra desproporcional, sendo de rigor a sua redução para 1/2.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 873.748/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/6/2024, DJe de 26/6/2024.) [g.n.]

Quanto ao pedido de revisão da dosimetria da pena, esta Corte Superior entende que "a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percutiente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena" (AgRg no HC n. 894.438/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/9/2024, DJe de 20/9/2024.).

No presente caso, assim o Tribunal de origem manteve a pena (e-STJ fls. 54-56):

[...]

No que diz respeito ao pedido subsidiário, também reputo inalcançável a pretensão recursal defensiva.

Isto porque não verifico inidoneidade na fundamentação sentencial que considera que o acusado foi identificado como sendo o elemento que dava suporte logístico à empreitada criminosa, na distribuição de rádios comunicadores ao demais comparsas, o que revela a necessidade de maior juízo de censura à sua conduta, à guisa da maior culpabilidade.

A pena-base restou recrudesida à razão fracionária de 1/6 (um sexto) que se reputa adequada e razoável para a hipótese, valendo frisar que o juízo de piso reconheceu em favor do réu a circunstância atenuante da confissão extrajudicial, de modo que a pena intermediária restou reconduzida ao patamar mínimo de lei.

Na terceira etapa da dosimetria penal, restou vislumbrada a causa de aumento presente no artigo 40, inciso IV da Lei nº 11.343/2006, importando salientar que, ainda que no processo dosimétrico seja constante da fundamentação da pena-base a expressão "tráfico armado", notadamente o recruescimento pelo emprego de arma, tecnicamente, deve ser feito na terceira etapa da metrificação, sem que seja abalado todavia o recruescimento da pena-base que se escora na função logística desempenhada pelo réu. Logo, aumentando-se a pena na terceira fase de sua fixação, à razão de 1/6 (um sexto), reputo corretas as penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, à razão unitária mínima de lei.

Considerando o reconhecimento concreto e idôneo de circunstância judicial desfavorável ao réu e verificando que o regime aberto não se apresenta suficiente para a reprovação e prevenção do crime, nos moldes do artigo 59, inciso III do CP, eis que se demanda o desbaratamento de sentinelas fomentadoras do pernicioso crime de tráfico de drogas na localidade Granja Cabuçu, geradora de instabilidade e segurança social, reputo que o regime adequado, inclusive na forma do artigo 33, §3º do CP, deve ser mantido em semiaberto.

Não cabe, na espécie, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, considerando que, na forma do artigo 44, inciso III do CP, a maior culpabilidade não indique que a

substituição seja suficiente para os fins repressivos.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e pelo desprovemento do recurso.

Como se vê, a pena determinada é razoável e proporcional, porque, como consta no acórdão recorrido, a pena-base foi aumentada na fração de 1/6 (um sexto), em razão da maior culpabilidade, pois o acusado foi identificado como sendo o elemento que dava suporte logístico à empreitada criminosa, na distribuição de rádios comunicadores ao demais comparsas, o que revela a necessidade de maior juízo de censura à sua conduta, à guisa da maior culpabilidade. Na segunda fase, a pena voltou ao mínimo legal, porque o juízo de primeiro grau reconheceu em favor do réu a circunstância atenuante da confissão extrajudicial. Por fim, na terceira fase considerou-se a causa de aumento presente no artigo 40, inciso IV da Lei nº 11.343/2006, e o Tribunal de origem ressaltou que, ainda que no processo dosimétrico seja constante da fundamentação da pena-base a expressão “tráfico armado”, notadamente o recrudesimento pelo emprego de arma, tecnicamente, deve ser feito na terceira etapa da metrificação, sem que seja abalado todavia o recrudesimento da pena-base que se escora na função logística desempenhada pelo réu.

Não há bis in idem, no presente caso, porque na primeira fase o que se considerou para o aumento não foi apenas a arma de fogo, mas sim o fato de o paciente ser identificado como sendo o elemento que dava suporte logístico à empreitada criminosa; e, na terceira fase da dosimetria, considerou a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso IV da Lei nº 11.343/2006 (cometer o crime com uso de arma de fogo).

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. 1. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE REVERSÃO DA CONCLUSÃO NA VIA ELEITA. 2. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. CONDENAÇÃO FUNDADA EM ÁUDIOS NÃO INDICADOS NA DENÚNCIA. PRINCÍPIO QUE DIZ RESPEITO AOS FATOS E NÃO ÀS PROVAS. 3. CONDENAÇÃO POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSIBILIDADE. TIPOS PENAS AUTÔNOMOS. IMPUTAÇÕES DISTINTAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. 4. DOSIMETRIA DA PENA. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. CIRCUNSTÂNCIAS VALORADAS VALIDAMENTE. 5. CAUSA DE AUMENTO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CIRCUNSTÂNCIA COMPROVADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 6. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. No que concerne à alegada existência de outros meios disponíveis para a produção da prova, tem-se que, embora a Corte local não tenha tratado especificamente do tema, realmente assentou que as interceptações telefônicas eram exigíveis, não havendo "qualquer irregularidade de forma, ilegalidade ou inconstitucionalidade na gênese do diligenciamento" (e-STJ fl. 479).

- Nesse contexto, "perquirir em habeas corpus a existência de outros meios de prova, no intuito de definir a imprescindibilidade da decretação da medida de interceptação telefônica, é procedimento incompatível com os estreitos limites de cognição da via eleita, pela impreterível necessidade de revolvimento de material fático-probatório dos autos" (HC 465.912/SE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 1º/10/2019, DJe de 11/10/2019).

2. O princípio da correlação diz respeito aos fatos e não às provas.

Deve haver uma correlação entre os fatos descritos na denúncia e os fatos pelos quais o réu é condenado. Dessa forma, o fato de a condenação se embasar em áudios não indicados não denuncia não viola o princípio da correlação nem revela qualquer sorte de nulidade, porquanto o momento apropriado para produzir ou juntar provas é durante a instrução processual.

3. O entendimento da Corte local encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que "é firme ao asseverar que não configura bis in idem a imputação concomitante da prática dos crimes de associação para o tráfico de drogas e organização criminosa, por se tratar de tipos penais autônomos". (HC n. 806.431/GO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 28/6/2023.)

- Ademais, não há se falar em duas imputações pelo mesmo fato, porquanto devidamente indicado que havia "desígnios autônomos, da integração de organização criminosa (Primeiro Comando da Capital - PCC) e da associação para o tráfico". Assim, "não há como esta Corte Superior refutar as premissas fáticas consignadas no acórdão, uma vez que, para tanto, seria imprescindível reexaminar verticalmente as provas dos autos, providência incompatível com o habeas corpus".

(AgRg no HC n. 818.823/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023.)

4. No que concerne à dosimetria da pena, verifico que a pena-base de ambos os crimes foi elevada em 1/6, em virtude de terem sido consideradas reprováveis a personalidade e a conduta social, uma vez que um dos áudios revelou que o paciente "pretendia simular uma contratação trabalhista para se passar como 'trabalhador' (...), para se ver livre de alguma responsabilização" (e-STJ fl. 516).

- É assente nesta Corte Superior que "a personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia". (AgRg no HC n. 747.770/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 10/3/2023.)

- A conduta social, por seu turno, "'refere-se ao estilo de vida do réu e o seu comportamento perante a sociedade, a família, o ambiente de trabalho, a vizinhança, dentre outros aspectos de interação social' (HC 298.130/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/8/2017)". (HC n. 481.457/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/3/2019, DJe de 2/4/2019.)

- Nesse contexto, não se verifica ilegalidade na valoração negativa dos referidos vetores, porquanto destacado pelas instâncias ordinárias que o paciente pretendia simular um contrato de trabalho, com a finalidade de camuflar sua atuação criminosa, circunstância que, de fato, guarda relação com aspectos morais bem como de interação social, desbordando dos tipos penais imputados e revelando uma maior reprovabilidade.

5. No que diz respeito à causa de aumento do crime de organização criminosa, em virtude do uso de arma de fogo, tem-se que a redação da majorante é clara ao estabelecer que a pena deve ser elevada "se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo", sendo irrelevante, portanto, a alegação no sentido de que o paciente não se utilizava de arma de fogo.

- Ademais, tem-se que a Corte local consignou que a organização criminosa "empregava armas de fogo de diferentes calibres, fato não só provado nos autos, pelas gravações, mas notório, principalmente pelos crimes conexos, sendo conhecida não só no Brasil, em razão do temor que causa" (e-STJ fl. 520). Dessa forma, não há se falar em ausência de comprovação.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no HC n. 788.543/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 11/10/2023.)

Alterar o quadro formado no Tribunal de origem demanda inviável dilação probatória em sede de *habeas corpus*.

Ante o exposto, **denego a ordem** pleiteada no presente *habeas corpus*.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0442249-7

HC 874.943 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 08050924620238190023 8050924620238190023

EM MESA

JULGADO: 27/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALBERTO DOS SANTOS OLIVEIRA PORTO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico 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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.